ان الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثاني من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهو ما صلي الانوار البهية الكاشف لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية المسمى

بالفتح القدير للعاجز الفقير

للعلامة النحرير امام العلماء الفقهاء الكمل المتلافي الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام

اسكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح الفاضل المعروف العلام مولانا محمد اعظم حسين الخيرآبادي حفظه الله ذو الأيادي

في المطبع المشتهر المنسوب الى منشي نولكشور الواقع في لكهنو

فهرس المجلد الثاني من فتح القدير

صفحہ	مطلب
۲	كتاب النكاح -
۱۶	فصل في المحرمات
۴۰	باب في الأولياء والأكفاء -
۵۰	فصل في الكفاءة -
۶۰	فصل في الوكالة -
۷۱	باب المهر -
۱۰۶	فصل في أحكام نكاح الكفار -
۱۰۸	باب نكاح الرقيق -
۱۱۹	باب نكاح أهل الشرك -
۱۲۸	باب القسم
۱۳۲	كتاب الرضاع -
۱۴۴	كتاب الطلاق باب طلاق السنة -
۱۵۶	فصل
۱۶۰	باب إيقاع الطلاق -
۱۷۲	فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان -
۱۷۹	فصل في إضافة الطلاق إلى [illegible]
۱۸۳	فصل في تشبيه الطلاق ووصفه -
۱۸۶	فصل في الطلاق قبل الدخول -
۱۹۸	باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار -
۲۰۴	فصل في الأمر باليد
۲۰۸	فصل في المشيئة
۲۱۶	باب الأيمان في الطلاق -
۲۲۷	فصل في الاستثناء
۲۳۴	باب طلاق المريض
۲۴۱	باب الرجعة -
۲۴۹	فصل فيما تحل به المطلقة -
۲۵۵	باب الإيلاء -
۲۶۸	باب الخلع -
۲۹۱	باب الظهار -
۲۹۶	فصل في كفارة الظهار -
۳۰۶	باب اللعان -
۳۱۸	باب العنين وغيره -
۳۲۴	باب العدة -
۳۴۱	فصل في الإحداد -
۳۴۸	باب ثبوت النسب -

صفحہ	مطلب
۳۵۷	باب حضانة الولد -
۳۶۱	فصل
۳۶۳	باب النفقة -
۳۷۳	فصل في نفقة الزوجة على الغائب -
۳۷۷	فصل في نفقة المطلقة -
۳۸۱	فصل في نفقة الأولاد الصغار -
۳۸۳	فصل في من يجب له النفقة ومن لا يجب -
۳۸۸	فصل في نفقة المملوك
۳۹۰	كتاب العتاق -
۴۰۰	فصل في عتق المحرم -
۴۰۵	باب عتق البعض -
۴۲۲	باب عتق أحد العبدين -
۴۳۵	باب الحلف بالعتق
۴۳۹	باب العتق على جعل -
۴۴۷	باب التدبير -
۴۵۴	باب الاستيلاد -
۴۷۲	كتاب الأيمان -
۴۷۶	باب ما يكون يمينا وما لا يكون
۴۸۵	فصل في الكفارة -
۴۹۹	باب اليمين في الدخول والسكنى
۵۰۱	باب اليمين في الخروج وغيره
۵۰۶	باب اليمين في الأكل والشرب
۵۲۳	باب اليمين في الكلام -
۵۳۰	فصل في ما يتعلق بالزمان -
۵۳۵	باب اليمين في العتق والطلاق -
۵۴۱	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك
۵۴۵	باب اليمين في الحج والصلوة والصوم
۵۵۰	باب اليمين في لبس الثياب والحلي -
۵۵۳	باب اليمين في القتل وغيرها -
۵۵۵	باب اليمين في تقاضي الدراهم -
۵۶۰	مسائل متفرقة -
۵۶۴	كتاب الحدود
۵۷۳	فصل في كيفية الحد وإقامته -
۵۸۶	باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجب
۶۰۳	باب الشهادة على الزنا -

صفحہ	مطلب
۶۱۶	باب حد الشرب -
۶۲۶	باب حد القذف -
۶۴۴	فصل في التعزير -
۶۴۹	كتاب السرقة -
۶۵۴	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع -
۶۶۴	فصل في الحرز والأخذ منه -
۶۷۱	فصل في كيفية القطع وإثباته -
۶۸۲	باب ما يحدث السارق في السرقة -
۶۸۴	باب قطع الطريق
۶۹۱	كتاب السير
۶۹۶	باب كيفية القتال
۷۰۲	باب الموادعة -
۷۰۷	فصل أحكام الأمان -
۷۱۰	باب الغنائم وقسمتها -
۷۲۲	فصل في كيفية القسمة -
۷۳۳	فصل في التنفيل -
۷۳۶	باب استيلاء الكفار
۷۴۳	باب المستأمن -
۷۴۶	فصل في حكم المستأمن -
۷۵۰	باب العشر والخراج -
۷۵۷	باب الجزية
۷۶۳	فصل في ما ينبغي للذمي -
۷۶۶	فصل في نصارى بني تغلب مصارف بيت المال
۷۶۸	باب أحكام المرتدين -
۷۸۴	باب البغاة -
۷۹۰	كتاب اللقيط -
۷۹۵	كتاب اللقطة -
۸۰۲	كتاب الإباق -
۸۰۷	كتاب المفقود -
۸۱۱	كتاب الشركة -
۸۱۹	فصل في لا ينعقد الشركة إلا بالدراهم وغيره
۸۲۹	فصل في الشركة الفاسدة -
۸۳۱	فصل في ما ينبغي للشريكين -
۸۳۲	كتاب الوقف
۸۵۰	فصل في وقف المسجد -
۸۵۵	الفصل الأول في المتولي -
۸۵۶	الفصل الثاني في الموقوف عليه

فہرست کتب دینیہ سنت وجماعت موجودہ مطبع

نحمدہ ونصلی برخواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد کہ فہرست کتب موجودہ کارخانہ اودہ اخبار اگرچہ بذریعہ فہرستہای جداگانہ پیوستہ اشتہار می پذیرد دیگر مناسب وقت چنین می نماید کہ اسامی بعضی کتب دینیہ سنت وجماعت از فقہ واصول و تفسیر و کلام و حدیث کہ مناسبت تام باین کتاب داشتہ باشد بنابر اطلاع علما و فضلا و شائقین ماہرین این علوم کہ اطلاعش موجب بودنش را ذریعہ رفیعہ باشد نقل نمودہ می شود و آن اینست

کتب فقہ عربی واصول فقہ

قتاوای عالمگیری تمام وکامل
شرح الیاس شرح مختصر الوقایہ
ہدایہ شریف کامل مع ترجمہ فارسی
ہدیۃ المختار شرح رسالہ عضدیہ
احیاء العلوم عربی ہرچہار جلد
مختصر الوقایہ
جامع الرموز
شرح وقایہ محشی بحواشی مختلفہ
شرح وقایہ مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریفی شرح سراجیہ
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعہ تنقیح وتوضیح
وتلویح مع چلپی
شیخ الاسلام حاشیہ تلویح
ملا خسرو حاشیہ تلویح
کفایہ حاشیہ ہدایہ مع ہدایہ محشی بحواشی مختلفہ
عینی شرح ہدایہ تمام وکامل

کتب فقہ فارسی واردو

ترجمہ اردو درمختار ہرچہار جلد
حقیقۃ الصلوۃ
سبیل الجنان
فتاوای برہنہ تمام وکامل
مالابدمنہ فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمہ احیاء العلوم کامل
شرح وقایہ فارسی
نور الہدایہ ترجمہ اردو شرح وقایہ
ترجمہ اردو [illegible] کنز الدقائق
حجج الحج مسمی نہایۃ الشعور
فتاوای [illegible]
رسالہ فرائض
مسلک المتقین
عمدۃ البضاعت فی مسائل الرضاعت
تذکرۃ الجمعہ
احکام العیدین
موضح الحق
ہزار مسئلہ
شرع محمدی
رسالہ کلید باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشہور والایام
خیرت الفقہ
ضمان الفردوس

کتب تفسیر ومثل آن

تفسیر کشاف
خلاصۃ الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
ہلالین حاشیہ جلالین
جواہر القرآن مترجم
مجموعہ زینت القاری
تفسیر سورہ یوسف منظوم
تفسیر زاد الآخرت
تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سورہ فاتحہ
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر القلندر فی تحریر الانور
میزان الفرقان

کتب احادیث واوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرویا
تحفۃ الاخیار ترجمہ مشارق الانوار
سنن ابی داود
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمہ مجربات دیربی
ترجمہ تعبیر الرویا مسمی بتادیل المنام
مصباح الہدایت ترجمہ عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر ہدایت ترجمہ کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم ہر
انوار محمدی
تحقیق الانساب

تمت

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين

كتاب النكاح هو اقرب الى العبادات حتى ان الاشتغال به افضل من التخلي عنه لمحض العبادة على ما نبين ان شاء الله تعالى فلذا اولاه العبادات
والجهاد وان كان عبادة الا ان النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فانه سبب لوجود المسلم والاسلام والجهاد سبب لوجود الاسلام فقط كذا قيل والحق ان الجهاد
ايضا سبب لعباد ونقل الموصوف من صفة الى صفة عني من الكفر الى الاسلام فيصح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما في ذلك لكن النسبة بينهما
في تحصيل ذلك فان ما يحصل بالنكاح افراد المسلمين منه اضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل او الذمة دون اسلام اهل الدار فقدم للاكثرية
في ذلك اما من ولى العبادات البيوع فنظر الى بساطته بالنسبة الى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس احد يعجز في بداءته بتقديم معنى
على معنى فان كل معنى له خصوصية ليست في الآخر فالمقدم يعتبر ما له قد يتمسك بما اخره والعاكس يعكس ذلك النظر وانما ابدا وجه اولوية تقديم هذا على
ذلك هو التحقيق وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين ايهما يقتضي اكثر اقتضاء التقديم وقد يفضي الى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته ويستدعي تطويلا مع قلة الجدوى
فالاقتصار في ذلك ادخل في طريق اهل العلم والتحصيل فلا بد من تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل امور **الامر الاول** مفهومه لغة قيل مشترك
بين الوطء والعقد اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطء وقيل بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بانه حقيقة في الضم ولا منافاة بين كلاميهم
لان الوطء من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من افراده كانسان في زيد لا يعرف القدماء غيره الى ان حدث التفصيل بين ان يراد به خصوص الشخص بمعنى
يجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الاعم بلفظ الاعم فيكون مجازا والا فحقيقة وكان هذه الارادة قل ما تخطر عند الاطلاق حتى تركها الاقدمون في تحديد
ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا انسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ اكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما واعلم
ان المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني ففي الوطء قوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح اي من وطء حلال لا من وطء حرام وقوله يحل للرجل من
امرأته الحائض كل شيء الا النكاح وقول الشاعر ومن ايم قد انكحتها رماحنا واخرى على عم وخال تلهف وقوله ومنكوحة غير ممهورة وقول الآخر التاركين
على طهر نساءهم والناكحين بشطي دجلة البقرا وفي العقد قول الاعشى ولا تقربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تأبدا وفي المعنى الاعم قول القائل ضممت الى

يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل أن يقول زوجني فيقول زوجتك لأن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه

صدري بخطو صدرها كما نكحت أم الغلام صبيها أي ضمته وقول أبي الطيب * أنكحت صم حصاها خف يعملة * تغشمرت بي إليك السهل والجبلا * أي ضممته فدعوى الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والأصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازا في أحدهما حقيقة في الآخر حيث أمكن أولى من الاشتراك ثم يدعي تبادر العقد عند إطلاق لفظ النكاح دون الوطء ويحيل فهم الوطء حيث فهم على القرينة ففي الحديث الأول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد والكائن لولادته بالذات بين الوطء و في الحديث الثاني إضافة المرأة إلى ضمير الرجل فإن مرأته هي المعقود عليها فيلزم إرادة الوطء من النكاح المستثنى وإلا فسد المعنى إذ يصير يحل من المعقود عليها كل شيء إلا العقد وفي الأبيات الإضافة إلى البقر ونفي المهر والإسناد إلى الرماح إذ يستفاد أن المراد وطء البقر والصبيات فالجواب منع تبادر العقد عند إطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي ولا نسلم أن فهم الوطء فيما ذكر مستند إلى القرينة وإن كانت موجودة إذ وجود قرينة تؤيد إرادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع إرادة الحقيقي فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر إلى القرينة إن عرف أنه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز وإلا فلا ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وإن كان مقرونا بما إذا نظر فيه استدعى إرادة ذلك المعنى ألا ترى أن ما ادعوا فيه الشهادة على أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء من بيت الأعشى فيه قرينة تفيد العقد أيضا فإن قوله فلا تقربن جارة نهي عن الزنا بل إن سرها عليك حرام فيلزم أن قوله فانكحن أمر بالعقد أي تزوج إن كان الزنا عليك حراما أو تأبد أي توحش أي كن كالوحش بالنسبة إلى الآدميات فلا يكن منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشي ثم لم يمنع ذلك أن يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت إذ هم لا يقولون بأنه مجاز في هذا البيت وأما ادعاء أنه في الحديث للعقد فيلزم التجوز في نسبة الولادة إليه لأن العقد إنما هو سبب السبب فيدعي حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح لو كانا سواء كيف والأنسب كونه في الوطء ليتحقق التقابل بينه وبين السفاح إذ يصير المعنى من وطء حلال لا وطء حرام فيكون على خاص من الوطء والدال على الخصوصية لفظ السفاح أيضا فثبت إلى هنا أنا لم نزده على ثبوت مجرد الاستعمال شيئا يجب اعتباره وقد علم ثبوت الاستعمال أيضا في الضم فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من أفراده الوطء والعقد إن اعتبر الضم أعم من ضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول أو الوطء فقط فيكون مجازا في العقد لأنه إذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز أولى ما لم يثبت صريحا خلافه ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا نقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ أبو عمر الزاهد عن الكوفيين أنه الجمع والضم ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالأجسام لا الأقوال لأنها أعراض يتلاشى الأول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم إليه فوجب كونه مجازا في العقد ثم أفراد الضم يختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك الأمر الثاني مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا والقيد الأخير لإخراج شراء الأمة للتسري والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له إذ لا يرد عليه أن المقصود من الشراء قد لا يكون إلا المتعة واعلم أن من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا ويجب أن يراد عرف أهل الشرع وهو المعنى الاصطلاحي الذي عبرنا به لأن الشارع نقله فإنه لم يثبت وإنما تكلم به الشارع على وفق اللغة فلذا حيث ورد في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن نحمله على الوطء كما في ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم حتى أثبتوا بها حرمة من زنى بها الأب على الابن وقول قاضي خان إنه في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد وقول صاحب المجتبى هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بيناه المراد بانعقاده مطلقا كان أو غيره مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كان باللفظين المشهورين من زوجت وتزوجت أو غيرهما مما سنذكره أو كلام الواحد القائم مقامهما أعني المتولي الطرفين وقول [illegible] أنه معنى يحل المحل فيغير به حال المحل في زوجت وتزوجت آلة انعقاده إطلاق له على حكمه فإن المعنى الذي يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد وقد صرح بإخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الأمر الثالث سببه شرعية تعلق البقاء المقدر في العلم

ان شاء الله وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال

الاولى على الوجه الاكمل والا فيمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع الامر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر واما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى للنكاح الامر الخامس شرطه الذي لا يخصه الاهلية بالعقل والبلوغ وينبغي ان يراد في الولي لا في الزوج والزوجة ولا في متولي العقد فان تزويج الصغير والصغيرة جائز وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز عندنا في البيع فصحته هنا اولى لانه محض سفير واما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن احد الامر السادس ركنه وهو الجنس المقيد في التعريف الامر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الحد المأذون فيه شرعا فخرج الوطء في الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الاشياء مما سيرد في اثناء الكتاب الامر الثامن صفته فاما في حال التوقان فقال بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن او يخاف الوقوع في الحرام وفي النهاية ان كان له خوف وقوع الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز الا به كان فرضا انتهى ويمكن الحمل على اختلاف المراد فانه قيد الخوف الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز الا به ولم يقيد به في العبارة الاولى وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه الى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضا والا فواجب هذا ان لم يعارضه خوف الجور فان عارضه كره قيل لان النكاح انما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله تعالى والذي يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد وقضيته الحرمة الا ان النصوص لا تفصل فقلنا بالشبهين انتهى وينبغي تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا فان بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم والا كره كراهة تحريم والله اعلم وفي البدائع قيد الافتراض في التوقان بملك المهر والنفقة فان من تاقت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم وصرح بالافتراض في حالة التوقان واما في حالة الاعتدال فداود واتباعه من اهل الظاهر على انه فرض عين على القادر على الوطء والانفاق تمسكا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن خالد الك امراة قال لا قال تزوج فانك من اخوان الشياطين وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا فاني مكاثر بكم الامم واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية للدليل الاول والآخر وتعليق الحكم بالعام لا ينفي كونه على الكفاية لان الوجوب في الكفاية على الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته فان كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية وقد عقلنا ان المقصود من الايجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعي وعدم انقطاعهم ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم رواه ابوداود وهذا يحصل بفعل البعض واما حديث عكاف فايجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق في حقه وقيل واجب على الكفاية لما ان الثابت بخبر الواحد الظن والآية لم تسق الا لبيان العدد المحلل على ما عرف في الاصول وقيل مستحب وقيل سنة مؤكدة وهو الاصح وهو محمل قول من اطلق الاستحباب وكثيرا ما يتساهل في اطلاق المستحب على السنة ونقل عن الشافعي رحمه الله انه مباح وان التجرد للعبادة افضل منه وحقيقته افضل ينبغي كونه مباحا والافضل في المباح والحق انه ان اقترن بنية كان ذا فضل والتجرد عنده افضل لقوله تعالى وسيدا وحصورا مدح يحيى عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة عليه لان هذا معنى الحصور وجه فاذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر رواه ابن ماجه وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من اعطيهن فقد اعطي خير الدنيا والآخرة قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وبدنا على البلاء صابرا وزوجة لا تبغيه حوبا في نفسها وماله رواه الطبراني في الكبير والاوسط واسناد احدهما جيد ان يقول في الجواب لا اكثر التفضيل مع حسن النية وانما اقول التخلي للعبادة افضل فالاولى في جوابه التمسك بحاله صلى الله عليه وسلم في نفسه ورده على من اراد

للشافعي رحمه الله لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج لأن التمليك ليس حقيقة

من اجل التخلي للعبادة فانه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين ان نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم سألوا ازواجه عن عمله في السر فقال بعضهم لا اتزوج النساء وقال بعضهم لا آكل اللحم وقال بعضهم لا انام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله واثنى عليه وقال ما بال اقوام قالوا كذا لكني اصلي وانام واصوم وافطر واتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني فرد هذا الحال ردا مؤكدا حتى تبرأ منه وبالجملة فالافضلية في الاتباع لا فيما يخيل النفس انه افضل نظرا الى ظاهر عبادة وتوجه ولم يكن الله عز وجل يرضى لاشرف انبيائه الا باشرف الاحوال وكان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل ان يقرره على ترك الافضل مدة حياته وحال يحيى بن زكريا عليه السلام كان افضل في تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضي تزوجوا فان خير هذه الامة اكثرها نساء ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة ابناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين واعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحبسهن لكفايتهن مؤنة سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ولكون هي ايضا سببا للتأهيل لغيرها وامرها بالصلوة فان هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف على الجزم بانه افضل من التخلي بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس على خلاف حال مع اداء الفرائض والسنن وذكرنا انه لم يقترن بها كان مباحا عنده لان المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه واقول بل فيه فضل من جهة انه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول اليه مع ما يعلمه من انه يستلزم اثقالا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب ووعد العون من الله تعالى للمستعفف حالته قال صلى الله عليه وسلم ثلاثة حق على الله عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف رواه الترمذي والحاكم واما قوله لم تتزوج المرأة الا لعزها او مالها او حسبها فممنوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله الا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله الا فقرا ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله الا دناءة ومن تزوج امرأة لم يرد بها الا ان يغض بصره ويحصن فرجه او يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه رواه الطبراني في الاوسط وقال صلى الله عليه وسلم لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن ان يرديهن ولا تزوجوهن لاموالهن فعسى اموالهن ان يطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين ولامة خرماء سوداء ذات دين افضل رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن انعم وعن معقل بن يسار رضي الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت امرأة ذات حسب ومنصب ومال الا انها لا تلد افاتزوجها فنهاه ثم اتاه الثانية فقال له مثل ذلك ثم اتاه الثالثة فقال تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم رواه ابو داود والنسائي والحاكم وصححه ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لانه عبادة وكونه في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف والمختار لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وفي البخاري عنها انها زفت امرأة الى رجل من الانصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا عائشة ما يكون معكم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذي والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا جلاجل له والله سبحانه وتعالى اعلم قوله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قدمنا ان النكاح في عرف الفقهاء هو العقد وهذا بيان لان هذا العقد باي شيء ينعقد حتى يتم عقدا مستعقبا للاحكام فلفظ النكاح في قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد اي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى يتم حقيقته في الوجود بالايجاب والقبول والانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الاحكام وذلك بوقوع الثاني جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ويسمى كل من كلامي العاقدين بكلام صاحبه فالكلامات هما الايجاب والقبول فما قيل في تعريف الايجاب انه ما يلفظ به اولا صالحا للافادة وذلك المقدم انه صادق على القبول بخلاف الواقع من العرف المشهور

فيه ولا مجاز عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضرورة الى الازدواج

قول الايجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الافادة بقيد كونها اولا والقبول هي بقيد وقوعها ثانيا من اي جانب كان كل منهما كذا ذكر من الدراية وغيرها من قوله لو قدم القبول على الايجاب بان قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد يجب في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا يتصور تقديمه لان ما تقدم هو الايجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل به في البيع وكان الحامل على جعل لا صدارة وصل قوله بلفظين بقوله الايجاب والقبول فافاد انهما كان خلافيها والحق ما علمتك وصلها ابدال وبيان يدفع به ما قد يتوهم من ان العرف معنى الايجاب والقبول في العرف فيهم المفيد فابدل منه لتخرج الكتابة فلو كتبا الايجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو اعم من الحقيقة والحكم فليدخل متولي الطرفين او ما يخص من الحقيقة وليس هذا تجديد العبارة منسوق بعضها على بعض لافادة ما يتم به العقد فقال ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين احدهما مستقبل لانه توكيل والواحد يتولى طرفي النكاح فينعقد بكلام واحد كما ينعقد بكلام اثنين ولا اشكال في شيء من هذا وعرف من تعريف الايجاب والقبول بانهما اللفظان الصالحان لافادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر المفعولين او احدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لان الحذف لدليل جائز في كل لسان وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج فمن هذا قلنا اذا قالت زوجتك نفسي فقالت ... فقال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان الفاعل صغيرا ولا مفعول فلم يضفه الى الموكل نفذ عليه في التجنيس رجل خطب لابنه الصغير امراة فلما اجتمعا للعقد قال ابو المراة لاب الزوج داده ام بزني اين دختر را فقال اب الزوج پذيرفتم يجوز النكاح على الاب وان جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لان الاب اضافه الى نفسه وهذا مما يجب ان يحتاط فيه فان ما لو قال ابو الصغيرة زوجت بنتي من ابنك فقال اب الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لاضافة المزوج النكاح الى الابن وبيقين قول القابل قبلت جواب له والجواب يتقيد بالاول فصار كما لو قال قبلت لابني ونظير الاول في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بالف ولم يقل منك فقال الآخر اشتريت صح ولزمه وكذا لو قالت المراة بالفارسية خويشتن خريدم بعده وكابين فقال الزوج فروختم صح وان لم يقل منك **قوله** يعبر بهما عن الماضي مثل انكحتك وزوجتك فيقول قبلت وفعلت ورضيت وفي الانعقاد بصرت لك وصرت لي خلاف وظاهر الخلاصة اختياره اذا تعين القبول ولو قال عرستك نفسي فقبل انعقد ثم بين ان الانعقاد بها باعتبار انه جعل انشاء شرعا فصار هو علة لمعناه فيثبت المعنى عقيبه والمراد بقوله جعلت للانشاء شرعا تقرير الشرع ما كان في اللغة وذلك لان العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وانما اختيرت للانشاء لانها ادل على الوجود والتحقيق حيث افادت دخول المعنى في الوجود قبل الاخبار فاقيد بها ما يلزم وجوده واللفظ ثم لما علمنا ان الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضى كما نص عليه في قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم صدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد الى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذي الهمزة اتزوجك فقال تزوجت نفسي ينعقد وفي البيع لا وكذا زوجني بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لانه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الاول لانه لا يستخبر نفسه عن الوعد واذا كان كذلك والنكاح لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للانشاء بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال في شرح الطحاوي لو قال هل اعطيتنيها فقال اعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فنكاح فيحمل قول السرخسي بالفارسية ميدهي ليس بشيء على ما اذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ولو قال باسم الفاعل كذلك عن ابي حنيفة اذا قال جئتك خاطبا ابنتك او لتزوجني ابنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب ان لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا والانعقاد بقوله انا متزوجك ينبغي ان يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة وقلنا ينعقد بلفظين وضع احدهما للمستقبل يعني الامر فلو قال زوجني

بين المالك والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة

فقال زوجتك انعقد وسنذكر في مرأتي ينعقد اذا قبلت وفي النوازل زوجي نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح ثم على ان الامر جعل المعبر عنه انه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بانها نفسها ايجاب فيكون قائما بهما وفي فتاوى قاضيخان قال لفظ الامر في النكاح ايجاب وكذا في الطلاق اذا قالت طلقني على الف فطلق كان تاما وكذا في الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لي بنفس فلان هذا او بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة وكذا لو قال هب لي عبدك هذا فقال وهبت في مسائل اخر ذكرها وهذا احسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى اولا وهو صادق على لفظة الامر فليكن ايجابا ويستغني عما اورد على تقرير الكتاب من انه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس واجيب بانه في ضمن الامر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل في المجلس والظاهر انه لا بد من اعتباره توكيلا والا فهو طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعت بلا جواب فجوابه ما ذكره المصنف في البيع بانه توكيل والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح فيصح دون البيع وصح فتمام العقد قائم بالمجيب فاما بيع قوله ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل فلذا قيل المثال الصحيح اتزوجك بالف فيقول قبلت على ارادة الحال وعرف من هذا ان شرط القبول في النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعي وقد يوهم ما ذكر في المنية قال زوجتك بالف فسكت المخاطب فقال الصهر ادفع المهر فقال نعم فهو قبول وقيل لا ان فيه خلافا وان كان المختار الصحة وقد يكون منشأه من جهة انه كان متصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا في رجوعه فيحكم به ولا فقوله نعم بعده لا يفيده بمفرده لان الفور شرط مطلقا والله سبحانه اعلم وصورة اختلاف المجلس ان يوجب احدهما فيقوم الآخر قبل القبول او اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان الانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكما فلو عقدا وهما يمشيان او يسيران على الدابة لا يجوز وان كانا في سفينة سائرة جاز وسنعرف الفرق في البيع ان شاء الله تعالى **فروع** تزوج باسمها الذي تعرف به حتى لو كان لها اسمان اسم في صغرها وآخر في كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به ولو كانت له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ولو قال ابنتي فاطمة الكبرى قالوا يجب ان لا ينعقد على احدهما ولو قال زوجت بنتي فلانة من ابنك فقبل وليس لهما الا ابن واحد وبنت صح وان كان لهما ابنتان وابنان لا الا ان يسميا البنت والابن ولو زوج غائبة وكيلها ان كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز وان لم يعرفونها فلا بد من ذكر اسمها واسم ابيها وجدها ولو كانت حاضرة متنقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لانها صارت معروفة بالاشارة اما الغائبة فلا تعرف الا بالاسم والنسب وقيل يشترط في الحاضرة كشف النقاب وسنذكر وجه عدمه في الوكالة بالنكاح ان شاء الله تعالى وكذا الحال في تسمية الزوج الغائب وفي التجنيس له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتي عائشة ولم تقع الاشارة الى شخصها لا يصح فاذا لم يشر اليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم وفي النوازل قال ابو بكر خنثى مشكل زوج من خنثى مشكل برضى الولي فلما كبر اذا الزوج امرأة والمرأة رجل جاز نكاحهما عندي لان قوله زوجتك يستوي من الجانبين وفي صغيرين قال ابواهما زوجت بنتي هذه من ابنك هذا وقبل ثم ظهرت الجارية غلاما والغلام جارية جاز كذلك ايضا وقال العتابي لا يجوز وفي المنية زوجت وتزوجت يصح من الجانبين وفي التجنيس قال للمرأة بحضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضيت يكون نكاحا فانه نص في الجامع الكبير لو قال للمطلقة طلاقا بائنا وثلاثا ان راجعتك فعبدي حر تنصرف الرجعة الى النكاح لان الرجعة قد يراد بها الرجعة وقد يراد بها النكاح فينصرف الى المحل واللائق والمبانة لا تقبل الرجعة المعروفة فانصرفت الى النكاح وسيأتي الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى

في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية

ثم قال وذكر في الاجناس لو طلق امرأته بائنا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فان هذا نكاح جائز وان لم يذكر بلا تلبيس بنكاح الا ان يستعمله اراد بذلك فكان نكاحا فيتبين بهذا ان ما ذكر في الكتاب محمول على ما اذا ذكر المال واقر ان الزوج اراد به النكاح انتهى وذكر في فتاوى قاضي خان عن بعضهم تفصيلا بين المبانة والاجنبية ففي المبانة يكون نكاحا وفي الاجنبية لا وسكت عليه وهو الاحسن فان التجوز بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها رجل وامرأة اقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتي وانا زوجها وقالت هو زوجي وانا امرأته يقال الاخرس نعم لا ينعقد النكاح بينهما لان الاقرار اظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ولهذا لو اقر الانسان بمال لغيره كاذبا لا يصير ملكا له وكذا لو قال الاخير ناه ورضيناه بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه ولو قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم انعقد لانه ينعقد بلفظ الجعل حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال اعطيتك الفاعل ان يكون في امرأتي ففعلت ثم قال زوجتك فلانة يعني بهذا فقال اي رضا واذهب بها حيث شئت لا ينعقد التجنيس لانه كالمضاف الى ما بعد الدفع ولا ينعقد المضاف لو قال تزوجتك غدا فقبل لا يصح لعدم صحة المعلق او المضاف في فتاوى قاضيخان قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلاف قوله ويجوز النكاح المعلق اذا كان على امر مضى لانه معلوم للحال وعليه فرع ما لو قال خطبت بنتك فلانة لابني فلان فقال زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها من ابنك فقبل اب الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من احد صح النكاح لان التعليق كائن للحال تحقيقا وتنجيزا ولو اضاف النكاح الى نصفها اختلف فيه والصحيح عدم الصحة كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في المبسوط في موضع جوازه كالطلاق قوله وينعقد الخ حاصل الالفاظ المذكورة هنا اربعة اقسام قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف في خارج المذهب وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به والاوجه ان ترتب على هذا الترتيب ليلي كل قسم ما هو اقرب اليه وهكذا فعل المصنف الا في لفظ الوصية القسم الاول ما سوى لفظي النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتي لك بالف خلافا للشافعي وجوازه عندنا بطريق المجاز فان المجاز كما يجري في الالفاظ اللغوية تجري في الالفاظ الشرعية وانما الكلام في تحقيق طريقه هنا فمنعه الشافعي رح بناء على انه لا يجوز التجوز الا بعلاقة ولا علاقة وبعد تسليمها تجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال انكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك كما يقال ملكتك نفسي او بنتي مرادا به انكحتك وليس فليس واما تفصيلا فلان التزويج هو التلفيق وضعا والنكاح للضم والازدواج بين المالك والمملوك ولذا يفسد النكاح عنده ورود ملك احد الزوجين على الآخر ولو كان لم يتنافيا تأكد به وان صح هذا الوجه عنه كان مفترقا بانه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من انه العقد الا ان يعني فيما تقدم انه يعني لسان الشرع بناء على النقل وقلنا ان التمليك اي معناه الحقيقي سبب الملك المتعة في محلها بواسطة كونه سبب ملك الرقبة وملك المتعة في محلها هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز واما عدم جواز استعمال النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرع منه في الاصول من انه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا الا اذا كان المقصود من شرعية السبب ذلك المسبب كالبيع لملك الرقبة وليس ملك المتعة الذي هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة والجواب عن الثاني منع انه الضم والازدواج بين المالك والمملوك قوله الا انما فسد النكاح الخ قلنا فساده للزوم المنافاة بين كون احدهما مالكا لكل الآخر وكون ذلك الآخر مالكا بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك بحكم ملك الرقبة على ما سنبين ان شاء الله تعالى في فصل المحرمات لا لعدم الضم والازدواج والشافعي رح ايضا لما خص النكاح باشتراط الشهادة تلقيا لخطره خص بلفظين النكاح والتزويج لدليل ولم يرد غيرهما شرعا والجواب منعها بل تقدر وبلفظ الهبة في حق قال سبحانه وتعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي

طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز

على الحلال في قوله تعالى انا احللنا لك ازواجك اللاتي آتيت اجورهن وما ملكت يمينك مما افاء الله عليك فالاصل عدم الخصوصية حتى يقوم عليها دليل وقوله تعالى خالصة لك يرجع الى عدم المهر بقرينة اعقابه بالتعليل بنفي الحرج فان الحرج ليس في ترك لفظ الى غيره خصوصا بالنسبة الى افصح العرب بل في لزوم المال وبقرينة وقوعه في مقابلة المؤتى اجورهن فصار الحاصل احللنا لك الازواج المؤتى مهورهن والتي وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهرا خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين اما هم فقد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم من المهر وغيره وابدى صدر الشريعة جواز كونه متعلقا باحللنا قيدا في احلال زوجته لافادة عدم حلهن لغيره صلى الله عليه وسلم وله ايضا ان الشهادة شرط في النكاح والكناية فيها لا بد من النية ولا اطلاع للشهود قال في شرح الكنز قلنا ليست بشرط مع ذكر المهر وذكر السرخسي انها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع اسد كما اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف الى المجاز من غير نية ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال انتهى ويشكل بان الحكم بالمجاز ليس عن متعين احدهما قرينة تدل على ارادة غير ذلك المعنى المجازي ولذا لو طلب من امرأة فقالت وهبت نفسي منك قيل لا ينعقد والآخر وجود قرينة تفيد المجازي ولذا قال ابو البنت وهبت بنتي منك لتخدمك قيل لا ينعقد بذا في الحكم بما في جواز التجوز فقط فالشرط مع الاول الارادة لا قرينتها وذلك لان اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لان نسبته اليه كنسبته الى غيره فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس الا علاقة وضعه له او مرادا وما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه والارادة لازمة في المحلين غير ان الحكم من السامع بارادة المتكلم المعنى الحقيقي لا يفتقر الى نصب قرينة تفيد ارادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقم الدليل على مجاز بخلاف حكمه بارادة ما لم يوضع له حيث يفتقر الى دليل ارادته فان لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بان اعلمهم به ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الاجارة عند من يجيزه ان يقول اجرت بنتي ونوى به النكاح وعلم الشهود انتهى بخلاف ما اذا قال بعتك بنتي بحضرة الشهود فان عدم القبول المحل للمعنى الحقيقي وهو الحرية للبيع يوجب الحمل على المجازي هو القرينة فيكتفى بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها امة احتيج الى قرينة زائدة في البدائع لو قال لرجل وهبت امتي منك فان كان الحال يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر موجلا ومعجلا ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال تدل على النكاح فان نوى صدقه الموهوب له فكذلك وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة انتهى وانما يحتاج الى هذا اذا لم يعلم الحال فلا بد مع النية من اعلام الشهود كما قدمناه لانه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره وقد رجع شمس الائمة الى التحقيق حيث قال ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراطها وعدم اللبس انما يصلح لتعليل دعوى الفهم وفهمهما واما الحالف لا يأكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بارادة المجازي نظرا الى تعذر الحقيقي وكونه متكلما واما الهازل فمريد للمعنى للفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم ثم قد يقال في عقد الهازل يقين للفظ الحقيقة مبنيا على كون الانجاز قرينة تصرف عن ارادة المعنى المجازي اذ غرضه ليس الا التكلم وحكى لاجزاء اللفظ فقط او مريد حقيقته للتكلم بها متعذرة اذ لا تقع هبة الحرة وبيعها والذي اقيم مقام المعنى في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة هو الحقيقة دون المجاز والله اعلم وقد اورد كيف ينعقد بالهبة ولا يقع الفرقة اذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط اما اولا فهو مشترك الالزام اذ يلزم مثله في التزويج فانه يقع به اذا نوى بقوله تزوجي وايضا لا يحل الهبة فيها علاقة السببية للملك فيجوز بها مجازا اذا اضاف الملك المتجوز عنه بالهبة اليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا وان اضافه الى الرجل صح نكاحا فعلم ان اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس الا لاختلاف الاضافة بل بعض توجيه السؤال ليظهر صحة استعارتها الملك لعابر بملك الرقبة اذ لم يرد الطلاق الا باعتبار استعارتها القسم الثاني ما اختلفوا في الانعقاد به والصحيح الانعقاد وهو جعلت نفسي منك بكذا وبنتي او اختي ملكتكها قالت ثم ينعقد قوله هو الصحيح احتراز من قول ابي بكر الاعمش وقوله لوجود طريق المجاز تعليل الصحيح ووجهه ما قدمناه في تقرير التمليك واختلف بالانعقاد بلفظ السلام فقيل

ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظة الاباحة

لان السلم في الحيوان لا يجوز وقيل ينعقد لانه تثبت به ملك الرقبة والمنقول عن ابي حنيفة ره ان كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد لو اتصل به القبض ينعقد للملك فاسدا لكن ليس كل ما يفيد المعنى الحقيقي للفظ يفيد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما وفي لفظ الصرف في شرح الكرخي فيه روايتان وفي البيع قيل لا ينعقد لانه وضع لاثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين والمعقود عليه هنا يتعين وقيل ينعقد لانه يثبت ملك العين في الجملة وظاهر هذا انهما قولان وكان منشأهما الروايتان واما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لانه في معنى الاعارة قيل الاول قياس قولهما والثاني قياس قول ابي يوسف بناء على ثبوت الملك في العين وعدمه لا واما لفظ الصلح فذكر صاحب الاجناس انه لا ينعقد به وذكر شمس الائمة السرخسي في كتاب الصلح ان النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز القسم الثالث لا ينعقد بالاجارة والاعارة في الصحيح احتراز عن قول الكرخي وجه الاول ان الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك وجه الصحيح على ما ذكروا انها لا ينعقد الا موقتة والنكاح المشروط فيه نفيه فلا يستعار احدهما للآخر وقد يقال ان كان المتضاد بهما العرضيان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزم مثله في البيع لانه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق ان الموقت ليس جزء مفهوم لفظ الاجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض غير انه وقع مجرد الاعتبار شرعا على مثال الصلوة هي القيام الخ والطهارة شرط لها لا تعتبر الا بها ولا يقال ان الطهارة جزء مفهوم الصلوة ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا الى نفي السببية التي هي العلاقة فان الاجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالاعارة وهذا اذا جعلت المرأة مستأجرة اما اذا جعلت بدل الاجارة او رأس مال السلم كأن يقال استأجرت دارك بنتي هذه او اسلمتها اليك في كر حنطة ينبغي ان لا يختلف في جوازه فانه اضاف اليها بلفظ يملك به الرقاب قال المصنف ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت وعن الطحاوي ينعقد لانه يثبت به الرقبة في الجملة وعن الكرخي ره ان قيد الوصية بالحال بان قال اوصيت لك بنتي هذه الان ينعقد لانه به صار مجازا عن التمليك انتهى وينبغي ان لا يختلف في صحته فالحاصل انه اذا قيد بالحال يصح وبما بعد الموت بان قال اوصيت لك بانتي بعد موتي لم يكن نكاحا ولو قال اوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحا وعن الطحاوي ينعقد ثم كون الاضافة الى ما بعد الموت بيانا للواقع فيما نحن فيه والا فمجرد الاضافة تستقل لعدم الصحة لو قال انكحتكها غدا لم يصح والحاصل ان الاضافة مأخوذ من مفهوم الوصية وضدها في النكاح فتضادا فلا يتجوز بلفظ احد الضدين عن الآخر بخلاف الهبة ليست جزء مفهوم لفظ الاضافة الى ما بعد القبض بل هي تمليك العين بلا بدل ثم يتأخر فيما اذا كان الموهوب في يد الموهوب له الضعف سببيتها بسبب عدم العوض ولذا لو كان في يد الموهوب له تم الملك بنفس اللفظ القسم الرابع لا ينعقد بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المنفعة في كل منها فانتفى الجامع وهو المشار اليه بقوله لما قلنا ولا ينعقد بلفظ الاقالة والخلع لانها فسخ عقد سابق فروع الاول كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد ويجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان دخل بها الثاني لو لقنت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك او لا يعلمون صح كالطلاق وقيل لا كالبيع كذا في الخلاصة ومثله في جانب الرجل اذا لقنه ولا يعلم معناه وهذه في جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع فالثلاثة الاول احكم في الحكم ذكره في عتاق الاصل في باب التدبير واذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان ينبغي ان يكون النكاح كذلك لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه واما في الخلع اذا لقنت اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عدتي ففعلت وهي لا تعلم معناه بلفظ الخلع واختلفوا فيه قيل لا يصح وهو الصحيح قال القاضي فينبغي ان يقع الطلاق ولا يسقط المهر والنفقة وكذا لو لقنت ان تبرئه وكذا المديون ٤٠

والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت

اذ القن سبب الدين لفظ الابراء لا ابراء الثالث اذا سمى المهر مع الايجاب فقال تزوجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا اقبل المهر قالوا لا يصح ولا يشكل
بانه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية او وجودها لانه ما اوجب النكاح الا بذلك القدر المسمى فلو صححناه اذا قبلت في النكاح دون المهر لالزمه مهر المثل
وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه ما لم يلتزمه بخلاف ما اذا لم يسم من الاصل لان غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع انه لازم فيلزمه ما التزمه
ولو قال قبلت النكاح ولم يزد على ذلك انعقد النكاح بما سمى وقد يخالف هذا ما في المنتقى عبد تزوج على رقبته بغير اذن المولى فبلغه فقال اجيز النكاح ولا اجيز على رقبته
يجوز النكاح ولها الاقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما في الجامع امة تزوجت بغير اذن المولى على مائة درهم فبلغه فقال اجزت النكاح على خمسين دينارا
او رضي به التزويج لان هذه مقرونة برضى الزوج فهي ملحقة باجازته والحق ما علمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وان خالفه ما عن محمد الرابع ينعقد النكاح
بالكتاب كما ينعقد بالخطاب وصورته ان يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه او تقول ان فلانا كتب الي
يخطبني فاشهدوا اني زوجت نفسي منه اما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح وباسماعهم الكتاب
او التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما اذا انتفيا ومعنى الكتاب بالخطبة ان تكتب زوجيني نفسك فاني رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب
الى الشهود مختوما فقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول ابي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع وجوزه من غير
شرط اعلام الشهود بما فيه واصل الخلاف كتاب القاضي الى القاضي على ما سيأتي ان شاء الله تعالى قال في المصفى هذا الخلاف اذا كان الكتاب بلفظ التزوج
اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط اعلامها الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال
وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعد ما اشهدهم عليه من غير قراءة عليهم ولا اعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب قبل العقد بحضرتهم فشهدوا
ان هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما فلا يقضى بالنكاح وعنده تقبل فيقضى به اما الكتاب فصحيح بلا اشهاد وهذا الاشهاد لهذا وهو
ان تتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا في المبسوط وشيخ الاسلام والكامل اجمعوا في الفصلين ان الاشهاد لا يصح ما لم يعلم الكاتب ما في الكتاب او اعلم
ان ما نقله من نفي الخلاف في صورة الامر انما يتمشى على قول المحققين اما على قول من جعل لفظة الامر ايجابا كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار اعلامهما اياهم
ما في الكتاب اذا لم يعلم الكاتب ما في الكتاب يكون من صورة الخلاف على ما صدر به المسند الخامس ينعقد بالاشارة من الاخرس اذا كانت له اشارة معلومة السادس ينعقد
بقول الرسول بعبارة الرسالة اذا اجابت بحضرة الشهود [illegible] وسنفصله ان شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال تزوجتك
على ان تطلقني عند كذا [illegible] بالنكاح انعقد ووجب المهر مثلها عليه لا شيء له من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال اذا جاء فلان فقد زوجتك بنتي فلانة فجاء
فجاء فلان لا ينعقد بهذا التعليق [illegible] كل منها الا ما لا يجوز تعليقه بالشرط ما هو اسقاط كالطلاق والعتاق والتزام كالنذر الا التعليق بالمشيئة اذا ابطل
من له المشيئة في المجلس على ما في التجنيس في رمز الفتاوى الصغرى صحيحا اذا قال زوجتك ان شئت وان شاء زيد فابطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح
جائز لان المشيئة اذا ابطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة كما قالوا في السلم اذا ابطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال لكن اذا بدأت المرأة اما اذا بدأ الزوج فقال تزوجتك
ان شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشيئة بعد ذلك لان القبول مشيئة انتهى وهذا ناظر الى ان ما من جانب المرأة هو القبول
تقدم او تأخر وما من جانب الرجل ايجاب تقدم او تأخر وقدمنا قريبا ان الحق ان الاول ايجاب من اي جهة كان والثاني قبول لذلك فالمعتمد جواز
تعليقه بالمشيئة [illegible] فيبطل كما لو قال تزوجتك على ان لي الخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال ان رضي ابي لا يجوز بخلاف من خطب ابنته

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين
او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين فى القذف قال رضه اعلم ان الشهادة
شرط فى باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رح فى اشتراط
الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد
من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام فى انكحة المسلمين لانه لا شهادة
للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعى رح وستعرف فى الشهادات ان شاء الله

زوجتها فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان فقد زوجتها ابنك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر انه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما لان
هذا التعليق بالموجود للحال ومثله تحقيق كذا اجاب بعض المشائخ وسنفصل الكلام فى خيار الشرط والرؤية والعيب فى باب المهر ان شاء الله تعالى
التاسع فاصل الايجاب بتسمية المهر كان من تمامه حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح كامرأة قالت لرجل زوجت نفسى منك بالف دينار فقبل ان تقول بالف
دينار قبل الزوج لا ينعقد لان اول الكلام يتوقف على آخره اذا كان فى آخره ما يغير اوله وبناء على ذلك فان مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى بعده يغير ذلك
الى تعيين المذكور فلا يعمل قبل الزوج قبله **العاشر** ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح
والطلاق والرجعة رواه الترمذى من حديث ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ورواه ابو داود وجعل العتق بدل الرجعة ولذا ينعقد من المكره **قوله**
ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور احتراز عن غير المسلمين اذ سياتى ان انكحة الكفار بغير شهود صحيحة اذا كانوا يدينون ذلك **قوله** بحضور لا يوجب السماع
وهو قول جماعة منهم القاضى على السغدى ونقل عن ابواب الامارة من السير الكبير انه يجوز وان لم يسمعوا وعلى هذا جوازه بالاصمين والنائمين واشتراط
السماع لان المقصود من الحضور وسياتى لمامه اما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وقال المصنف وهو حجة على مالك
فى اشتراط الاعلان دون الاشهاد وظاهره انه حجة عليه فى الامرين اشتراط الاعلان وعدم اشتراط الاشهاد ولكن المقصود انه حجة فى اصل المسئلة وهو
اشتراط الاشهاد وانما زاد ذكر الاعلان تتميما لنقل مذهبه ونفى اشتراط الشهادة التابعين قول ابن ابى ليلى وعثمان البتى وابى ثور واصحاب الظواهر وقول الزهرى
ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ورواه الدارقطنى وروى الترمذى عن ابن عباس رض
البغايا اللاتى ينكحن انفسهن بغير بينة ولم يرفعه عبد الاعلى فى التفسير ووقفه فى الطلاق لكن ابن حبان روى من حديث عائشة رضى الله عنها
صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له وقال
ابن حبان لا يصح فى ذكر الشاهدين غير هذا وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الاسلام ان حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به اعنى
قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية فيندفع به الايراد المعروف وهو لزوم الزيادة على الكتاب او تخصيصه بخبر الواحد وجواب آخر
وهو انه خص بخبر المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ولو عدل الى ان النص واحل لكم ما وراء ذلكم فالجواب بان الامر المخصوص بالمشتركة ونحوها واعلم
ان مشائخنا رحمهم الله نصبوا الخلاف فى موضعين فى الشهادة على ما ذكرنا وفى الاعلان واستدلوا لمالك وسنه اشباهه بالمنقول من قوله صلى الله عليه وسلم
فى الحديث عن عائشة رضى الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح رواه الترمذى وقال حسن غريب وبالمعقول وهو ان حرام هذا الفعل يكون سرا فيكون
هو التميز التهمة الذى يظهر ان هذا النصب فى غير محل النزاع يظهر ذلك من اجوبتهم من الاستدلال وغيره وذلك انهم كلهم قاطبة فيه على القول بموجب الاعلان
وادعاء الحصول بما شرطوا من الاشهاد اذ به يحصل الاعلان كلام المبسوط حيث قال لان الشرط لما كان الاشهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا وذلك بشهادة الشاهدين
فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا وقول الكرخى رحمه الله نكاح السر ما لم يحضره شهود فاذا حضروا فقد اعلن وقال وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفى صريح فيما
ذكرنا فالتحقيق انه لا خلاف فى اشتراط الاعلان وانما الخلاف بعد ذلك فى ان الاعلان المشترط هل يحصل بالاشهاد حتى لا يضر بعده توصية الشهود بالكتمان
اذ لا يضر بعد الاعلان التوصية بالكتمان او لا يحصل بمجرد الاستشهاد حتى يضر فقلنا نعم وقالوا لا ولو اعلن بدون الاشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الاشهاد
وعنده يصح فالحاصل ان شرط الاشهاد يحصل فى ضمنه الشرط الآخر فكل اشهاد اعلان ولا ينعكس كما لو اعلنوا بحضرة صبيان او عبيد **قوله** لعدم الولاية

ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلِّدا فيصلح مقلَّدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالى بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين **قال** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز

يعني الفاسق تثبت له ولاية على نفسه لانه المالك وهي نفاذ القول على الغير ان شاء او ابى محتاج اليها الا والتعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح ولو لم يكن لهن شرط ثبوت الشهادة الا مكان الركن دلالة فيه على نفس الشهادة فرضا لم يكن شهادة وقد جازت شهادة المحدود في القذف لانه على والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج الى الاداء في النكاح فشهدا به وليس من كان معهما من العقد بحضورهما جازت شهادتهما وان لم يكن صحة العقد كانت بحضورهما هذا ومذهب احمد رحمه الله بجواز شهادة العبد مطلقا واستبعد نفيها لانه لا كتاب ولا سنة ولا اجماع في نفيها وحكي عن انس رضي الله عنه انه قال ما علمت احدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها يوم القيامة على الامم فكيف لا تقبل هنا وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الاخبار والذي ذكر من المعنى من ان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له ممنوع فانه لا تلازم عقلا بين تصديق مخبر في اخباره بما شاهده بعد كونه عدلا فيما غير مملوك المنافع ولا شرعا لم لا يجوز ان يبتلى عبدا من عباد الله بالرق وتقبل اخباره فكيف وليس الشهادة هناك الا شاهدا من يقبل اداؤه ولذا اجاز شهادته اي الزوجين ولا اداء اصلا وغاية ما يلزم فيه انه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا وعجز عن التصرف الملحق بالجمادات في حق التصرف ونحوهما فكان حضوره كلا حضور وهذا ما ذكره في المبسوط حيث قال ولان النكاح يعقد في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون في محافل الرجال فكان حضورهما كلا حضور فهم ما اشترط الشهادة انما هو لاظهار الخطر ولا خطر في احضار محجور والعبيد والصبيان كذا اهل الفتنة في الحكمة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فيشمل هذا الوجه نفي شهادة هؤلاء كلهم من غير اعتبار ولان نفي شهادة السكارى حال سكرهم وان كانوا بحيث يذكرونها بعدما اصحوا وقد تقدم **قوله** ولا يشترط العدالة حتى تنعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب الكرامة حقيقة اي ليرجع الى الوجه الاول لقائل ان ما شرطت ايضا اظهار الخطر وهو معنى التكرمة والفاسق من اهل الاهانة فلا تكرم ولا تعظيم للعقد باحضاره فلا يظهر شرف العقد قوله اي الفاسق من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا من شرطه ومنع فيها المقدم من تحليه من اقتراني كما سلكه بعض الشارحين فلم لا يكون كلما كان من اهل الولاية كان من اهل الشهادة فهذه دعوى ملازمة شرعية وقوله وهذا لانه لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمة اخرى لبيان الملازمة الاولى غير المنع لا اولى فعلها بقوله لانه من جنسه اي لان الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه وفيه تقريب آخر لبعضهم بعيد من اللفظ وحاصل هذا ان احكام افراد الجنس المتحد متحدة بحسب الاصل فكل مسلم يتعلق به حظ يا للاحكام ما يتعلق بمثله لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية لنفسه علم انه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لاهلية الولاية مطلقا فما زيد ثبوتها على غيره لانه كنفسه الا ان ثبوتها على غيره لا يتحقق الا برضاه وذلك بتوليته عليه اذا استقلده فقد استولاه ورضي فثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه ساعه لا تخذ شهوديا بالمعقود من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فيجوز شهادته فيها اي سماعه اما الاداء فيتوقف على قبل غيره وهي اجازة القاضي وانت اذا تاملت هذا الوجه ظهر لك انه لم يزد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فيثبت شهادته لعدم المنافي والوجه السابق من ان اشتراط الشهادة لاظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه يقتضيه لان مجرد احضار الفاسق ليس تكرمة الحق ان هذا الوجه انما ينفي ما ذكرنا من حضورهما الا حال سكرهم على ما ذكرنا انما اذا عقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقدين جاز وان كان بحيث لا يذكرونه اذا صحوا بالنهي ونحوه انما ينافي من كان فيه سفاهة او مروءة وخسته فان احضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور ما حق صحة العقد بحضرة فساق لان حال الفسقة والتعلل **قوله** ولانه صلح مقلدا الخ يكفي الكلام عليه ان ذكر المصنف يعني في صحة شهادة الفاسق في النكاح وهو انه يصح مقلدا اي سلطانا او خليفة

لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم وله أن الشهادة

شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال

وهما شاهدان عليها بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد

فيصح تقلده لفتح الإمام أي قاضيا وكذا الشاهد بالولاية في نحو الفاسق فتح فعل العدل بين ملازمة واحدة حاصله أنه أي صح للولاية الكبرى التي هي فوقها
وهذا صح للصغرى التي هي أقل وهي القضاء والشهادة بالطريق الأولى بيان الأشهرية للقدرة المستغني عن اظهارها بمقتضيات الشهادة التي على وضع العقد
أن الخلفاء غير الأربعة السابقين ومن بعدهم بإحسان كعمر بن عبد العزيز فيها ظلمة وفسقة مع عدم إنكار السلف ولايتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيرهم
وعلى الشق الثاني بلا دستان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والأول سبب للثاني في كل منهما فاعترض بأنه ذكر في أدب القاضي أن الأمر
بالعكس حيث قال الأصح ولاية القاضي حتى يصح في الجمل فيحال الشهادة فأجيب بأن قوله كذا الشاهد عطف على تقلده بكسر اللام وإن تحمل معطوف عليه
نحو من قولك جاءني زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لا بكر وسببيته ظاهرة ولا منافاة فيتجه وفيه نظر إذ العطف بالفاء يقتضي ترتيبه كل على ما قبله كقولك جاءني زيد فعمرو فبكر
فروع في فتاوى قاضيخان القاضي إن بعث إلى شافعي ليبطل العقد إذا كان تشهد بالفاسق في الملتقى أن يفصل ذلك بين اثنين في كتاب القضاء أن شاهدين فعلا
هكذا الوكيل ليفوض فطلقها ثلاثا فبعث إلى شافعي زوجها منه بغير محلل ليقضي بالصحة وبطلان النكاح الأول يجوز وأن يأخذ القاضي الكاتب لا المكتوب إليه والغير يعني
على السابق ولا شبهة ولا خبث في الولد كذا في الخلاصة ثم قال الإمام ظهير الدين المرغيناني يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب في اليمين المضافة للملك فهو مقتض
لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم فقال فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم لأن مراده من التشبيه
نفي السماع المعتبر لا نفي حقيقته وهذا ينفي الاعتبار عند كانه وجوده كعدمه فصح تشبيه السماع بعدمه فيرجع بمعنى قوله فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم وتمام هذا الدليل يتوقف
على أن مبني القياس شكلين في خصوص المادة لأن المطلوب تعلق الشهادة بنفي السماع المعتبر لأن الشهادة مجرد الحضور كما سيظهر القصد
أن يجب قال السعدي والإسبيجابي لم يتم ونقض العقدي جبر على اشتراط السماع ولأنه المقصود بالحضور فلا يجزئ بالأعمى على ما هو الأصح
ما قدمناه في التزوج بالكتاب من أنه لابد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأه المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول إن فلانا كتب
إلي يخطبني ثم تشهد بهم أنها زوجت نفسها منه وما لو لم ترد على الشاني لا يصح على ما قدمناه في الفروع ولقد أبعد من الفقه ومن الحكمة الشرعية من جوزه
ونص في فتاوى قاضيخان عليه إذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط أن يسمعا معا كلامهما مع الفهم أما الأول فذكر في روضة العلماء أنه الأصح حتى لو عقد
أو لم يسمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمع وحده فعقد لم يكن الثابت إلا كل عقد سوى شاهد واحد وعن أبي يوسف وإن اتحد المجلس جاز استحسانا والأولى وعنه فيمن
سماعا سمعا وأما الثاني فعن محمد لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم يجز وعن الثاني إن كانا يمكنهما أن يعبرا ما سمعاه جاز وإلا فلا وحكي في فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل
الظاهر عدم الجواز قوله وله أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك أي ملكه عليها لوروده على محل ذي خطر وهو نفس أنثى ليست مملوكة
محله من إثبات الدم على ما يقتصر إلى نفسها ليتخذ حاجات منها وجزء من محال النعم وهو معنى مناسب لاشتراط إحضار الشاهدين العقد إظهار التعظيم هذا
العقد ليقع في محفل من الجامع قد فهم إشهاد ذلك بما يجب لما له عليه أن اشتراط الشهادة لحق العقد ليس بمشكل منه
بحال والآن على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال فيما صدر من تقريرات الشرع في مثله
وإنما على اعتبار ملكها الازدواج المشترك لأنه يثبت تبعا لملك البضع ولا يشترط للتوابع ولا وجب الإشهاد على شراء الأمة للوطء فكان ملكه من قبل ملك
بقيت وإذا كانت الشهادة للتوثيق ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهي حجة غير زانيتين ولهذا لو كانا ذميين حكم
٣٠ الشرع بصحته حتى لو أسلم بقي على الصحة بخلاف إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن الشهادة اشترطت في العقد بذلك المعنى والعقد يتم بكلاميهما

ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز

هذا وتقبل شهادتهما عليها اذا انكرت لا عليه اذا انكر وعند محمد لا تقبل الا ان يتحمل كان مسلمان وعنده لا تقبل مطلقا واثباتها في المستوفى
بشهادتهما لو اسلما ثم اديا تقبل على كل منهما عنده حال ان سماعهما كلام المسلم معتبر وان شتم لا لكفر وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد الا اذا كانا
مسلمين عند العقد ولو كان الشاهدان ابنيها قبلت عليها فقط او ابنيه عليه فقط او ابنيهما لا تقبل على واحد منهما كما لو كانا اعميين او محدودين
حيث يصح العقد بهما ولا اداء لعدم اهلية الحكم والمدعان على التفصيل فيه وان يقبلان عليها لا عليه وان يقبلان عليه لا عليها
لا يقبلان مطلقا اما او نفعا ويثبت بشهادة الاولاد والاعداء كيف كانوا اما الاخوان بان زوج الاب ابنته بشهادة ابنيه فانكر الزوج او
البنت كبيرة او الامراة فشهدا لا يقبل ولو كان الزوج هو المدعي والابنة منكرة او الاب قبلت في قول ابي يوسف وعند محمد تقبل وان كان
المدعي الاب او المراة ايضا والاصل ان كل شيء يدعيه الاب فشهادة ابنيه باطلة وان لم يكن فيه منفعة لشبهة الابوة عند ابي يوسف لثبوت
منفعة فيها لا محالة وقال محمد كل شيء للاب فيه منفعة جدا ادعى فشهادة ابنيه فيه باطلة وكذا كل شيء وفيه لا يكون خصما فيه مثل البيع وتقاضيه ولم
يعتبر منفعة فلو قبل منفعة ولو كانت البنت صغيرة لا يقبل اتفاقا لانها للاب قال الحاكم ابو الفضل في المختصر يريد ان الشهادة تبطل في حالين
او حالة من طريق السنة وكذا في محمد وقوعها لغير خصم في المنتقى وفسر في المبسوط قوله بان المراد ان عند محمد وان كان الاب جاحدا الفضيل
بعدم المدعي قاما اذا كان الاب مدعيا فغير مقبولة وان كان للاب منفعة فيما كما اذا شهدوا على بيع العبد وهو ما له بائعا والمشتري يدعيه وان
منفعة غير مطلقة للاب وانتفع من حقوق شهادتهما وكذا اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهد ابنا فلان ان اباهما كلمه جازت عند محمد
كان الاب جاحدا او مدعيا وعند ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون جاحدا ولو تزوج الرجل بنته ثم شهد مع اختها عليها بالرضاع وهي تنكر لا تقبل الشهادة
على فصل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان جاحدا فيه خصما اولا فرع ولو اقرا بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود واختلفوا فيه والاصح انها
ان سمعا الشهود فقط كما في حاشية اكذا في الدراية وقدمنا انهما اذا اقرا به ولم يكن بينهما نكاح فلا ينعقد الا ان قال الشهود جعلتماه نكاحا فقالا نعم
ينعقد لان النكاح ينعقد بالجنس ثم قال قاضي خان يصح وينبغي ان يكون المراد على التفصيل ان اقرا بعقد ماض لم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحا
بان اقرت انه تزوجها ونحوه ان يكون نكاحا وفيه اقرارهما الانشاء بخلاف اقرارهما بماض لانه كذب وهو كما قال ابو حنيفة اذا قال لامراته
لست لي امراة ونوى به الطلاق يقع كانه قال لاني طلقتك ولو قال لم اكن تزوجها ونوى الطلاق لا يقع لانه كذب محض انتهى يعني
اذا لم تقل الشهود جعلتماه نكاحا فالحق هذا التفصيل وفي فتاوى بعث اقربا الخطبة تزوجها الاب بحضرتهم قيل لا يصح ولو قبل عن الشهود
نسيان لانه نكاح بغير شهود لان القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا الا ان تعارف بهذا ان يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب اليه يصير شاهدا
قيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لانه لا ضرورة في جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم فقط والباقي شهودا قوله ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغير
فزوجها والاب حاضر بحضور رجل واحد جاز النكاح وكذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضور واحد اذا كانت حاضرة ووكيل المراة بحضورها امرتان جاز النكاح
وتقبل شهادة المزوج اذا لم يقل ان قد يقبل بل يقول هذه زوجته هذا او فعل يصح بحضور الواحد لان الموكيل في النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل
فاذا كان من يعبر عنه حاضرا والغرض ان العبارة تنتقل اليه كان مباشرا لان الكل عبارة منتقلة اليه وبقي المزوج من الشاهد سواه
بخلاف ما اذا كان غائبا لان انتقال العبارة اليه حال عدم الحضور لا يصيره مباشرا لانه لا خوف في حصوله والحضور ضروري فيستقطع

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات

رجوع الحقوق الى الوكيل ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره ومع آخر لا يصح لان العبارة انما تنتقل الى مفيد الولاية وهو السيد وهو غائب فظهر من هذا التوجيه ان المعتبر المباشر مع حضوره خبري لا يتوقف على ثبوت الحاجة الى اعتباره فاندفع ما اورد من انه تكلف غير محتاج اليه فان الاب يصلح شاهدا فلا حاجة الى اعتباره مباشرا الا في المسئلة الاخيرة في الكتاب وهي ما اذا زوج الاب بنته البالغ بحضرة واحد لانها لا تصلح شاهدة على نفسها فانزلت مباشرة ضرورة التصحيح ولو اذن السيد لعبده في التزوج فعقد بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز لانتقال الى السيد لانهما وكيلان عنه والاصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لان الاذن فك الحجر عنهما فيتصرفان بعده لانفسهما لا بطريق النيابة وما ذكر في مسئلة وكيل السيد ليظهر ان ثبوت الصحة فيما اذا زوج السيد عبده او امته بحضوره مع شاهد محل النظر لان مباشرة السيد ليس كذلك الا ان يعتبر حاضرا بان التزوج مطلقا فانه لا يقع في مسئلة وكيله وكذا خالف في صحتها المرغيناني ثم قال قال استاذي فيهما روايتان اي في وكيل السيد والسيد قوله واذا جحد احد الزوجين النكاح فاما اصله او شرطه ففي اصله لو جحد الزوج فاقامت بينة به او على اقراره قبلت ولا يكون جحوده طلاقا الا ترى ان الطلاق ينقص العدد وهو بارتفاع اصل النكاح لا ينقص واما انكار الشرط كانكار الشهادة فان كانت هي المنكرة بان قالت تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح وان كان هو القائل ذلك فرق بينهما لاقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرقة من قبله فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول والا فكله ونفقة العدة وهذا بخلاف انكاره اصله لان القاضي كذبه في زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا وهنا ما كذبه في زعمه لجحده ولكن يرجح قولها لمعنى هو ان الشرط تبع وقد اتفقا على الاصل والاتفاق على الاصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الاصل كالراجع فيبقى زعمه معتبرا في حق نفسه ولذا فرق بينهما وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة او مجوسية ثم اسلمت او ذو اختها عندي او وهي امة تزوج او امة بلا اذن لان هذه الموانع كلها في محل العقد والحال في حكم الشروط بخلاف ما لو ادعى احدهما ان النكاح كان في صغره بمباشرته لانه منكر لاصل النكاح معنى واذا كان القول للمنكر منهما فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل البلوغ وان دخل بها فلها الاقل من المسمى ومن مهر المثل للدخول في نكاح موقوف وان كان الدخول بعد البلوغ فهو رضى بذلك النكاح وبعد البلوغ لو اجاز العقد الذي لو قبله جاز والتمكين من الدخول اجازة ولو كانت هي القائلة تزوجني وانا معتدة وما بعدها الى آخر الصور التي ذكرناها وهو ينكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة والله سبحانه اعلم شهد شاهد انه تزوجها امس والآخر اليوم فهي باطلة فان النكاح وان كان قولا فمن شرائطه ما هو فعل وهو الحضور فكان كالافعال في الاختلاف واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع القبول وان كان الاشهاد بعقد حضره والله سبحانه اعلم

فصل في نكاح المحرمات المحلية الشرعية من شرائط النكاح وانما افرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعا باسباب الاول النسب فيحرم على الانسان فروعه وهم بنات اولاده وان سفلن واصوله وهم امهاته وامهات امهاته وآبائه وان علون وفروع ابويه وان نزلن فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات اولاد الاخوة والاخوات وان نزلن وفروع اجداده وجداته ببطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال والثاني المصاهرة فيحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وان نزلن وامهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وان علون وان لم يدخل بالزوجات وتحرم موطوآت آبائه واجداده وان علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وموطوآت ابنائه وابناء اولاده وان سفلوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح والثالث الرضاع يحرم كالنسب وسيأتي تفصيله في كتاب الرضاع ان شاء الله الرابع الجمع بين المحارم او الاجنبيات كالامة مع الحرة السابقة عليها الخامس حق الغير كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب السادس عدم الدين السماوي كالمجوسية والمشركة السابع

إذ الأم هو الأصل لغة أو ثبتت حرمتهن بالإجماع **قال** ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وإن سفلت للإجماع ولا بأخته ولا ببنات أخته ولا ببنات أخيه ولا بعمته ولا بخالته لأن حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامة **قال** ولا بأم امرأته التي دخل بابنتها أو لم يدخل لقوله تعالى وأمهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص

الشافعي كنكاح السيدات والسيدة عبدها **قوله** إذ الأم هي الأصل لغة قال الله تعالى وعنده أم الكتاب وسميت مكة أم القرى لأن الأرض دحيت من تحتها والخمر أم الخبائث وعلى هذا تثبت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لأن الأم على هذا من قبيل المشكك **قوله** أو ثبتت حرمتهن بالإجماع أي إن لم يكن إطلاق الأم على الأصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات والتحقيق أن الأم مراد به الأصل على كل حال لأنه إن استعمل في حقيقته فظاهر وإلا فيجب أن يحكم بإرادته مجازا فيدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لإرادة ذلك في النص الإجماع على حرمتهن ولم يثبت عند المصنف إطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الأولاد على الإجماع وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال وكذا الاستدلال في البنات فإن بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار أن البنت اسم للفروع فيتناولها النص حقيقة ومجازا عند البعض ثم قوله عند البعض يريد إذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فإنهم يجوزونه إذا كان في محلين على ما أسمعناك من التقرير يتناولهن مجازا عند الكل ومعنى الطريق في تحريم الجدات وبنات الأولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الأخ والأخت في الأول لأن الأشفاق منهن أولا والجدات دون ذلك بدرجة أو في الثاني لأن بنات الأولاد أقرب من بنات الإخوة **فرعان** الأول ابنت الملاعنة حكم البنت فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل فلحقها بالأم لا يجوز للرجل أن يتزوجها لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنى لصريح النص المذكور لأنها بنته لغة والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلوة ونحوه فيصير منقولا شرعيا **قوله** لأن جهة الاسم عامة أي الجهة التي وضع للاسم معها اعتبارا فاسم الأخ مثلا وضع للاعتبار نسبتها إلى أخرى بالمجاورة في صلب أو رحم فالأحسن أن يقال الأخ اسم للمجاور لها في صلب أو رحم كيلا يقتصر على التوهم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ويدخل في العمات والخالات بنات الأجداد وإن علوا لأنهن أخوات آبائه وإن علون وبنات الجدات وإن علون لأنهن أخوات أمهات علويات وفي بنات الأخ والأخت بناتهن وإن سفلن **قوله** ولا بأم امرأة دخل بابنتها أو لم يدخل فلو كان نكاح البنت صحيحا أما بالفاسد فلا تحرم الأم إلا إذا وطئ بنتها ويدخل في أم امرأته جداتها **قوله** من غير قيد الدخول عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور وإليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه بناء على أن تقييد المعطوف بصفة أو حال كما في الآية فإن من نسائكم حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه لكن يجوز ذلك ويمتنع ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علي فجعلا الدخول قيدا في حرمة أمهات النساء وتبعهم بشر المريسي ومحمد بن شجاع ووجه البناء على أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة انصرف إلى الكل وبيان أن المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ولا يلزم وصف المعطوف عليه بصفة المعطوف ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمول عاملين وذلك أن النساء المضاف إليه أمهات معمول الإضافة والجر بمن بما هو كان الموصول هو قوله اللاتي دخلتم بهن صفة لهما لزم ذلك هذا بناء على اعتبار الصفة بمعنى الشرط وإبطاله في الكل يلزم كون من مستعملا في معنيين متخالفين في إطلاق واحد وهو البيان بالنسبة إلى النساء المضاف إليهن أمهات والابتداء بالنسبة إلى الربائب إذ المناسب فيها قال الشيخ سعد الدين في حواشيه وما يقال أن الابتداء معنى كلي صادق على جميع معاني من ضرب من التأويل والتشبيه ثم قال نعم قد يستحق في اتصال شيء يتناول الاتصال الاقتضاب النساء لأنهن والدات وبالربائب لأنهن مولودات مع صحة جعل من نسائكم متعلقا بالأمهات والربائب جميعا حالا منهما وفائدة الاتصال الأمهات بالنساء بعد إضافتها إليهن زيادة قيد الدخول لكن الاتفاق على حرمة أمهات النساء مدخولات بهن وغير مدخولات أبى هذا المعنى فمن هذا جعل متعلقا بالربائب فقط انتهى ويمكن أن تجعل حالا من النساء المضاف إليهن أمهات ومن الربائب لأنه قد يستلزم جعل الحال من المضاف إليه إنما جوز من جوزه مع الكون المضاف عاملا للعمل في الحال وجزأ المضاف إليه زاد بعضهم ضعيفة لم يزحزحه عنه لا استغناء عنه بالمضاف إليه نحو ملة إبراهيم حنيفا

سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين

قوله سواء كانت في حجره او في حجر غيره هو مذهب الجمهور وشرطه علي وعمر وابن مسعود رجوعًا الى قول الجمهور لان قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب في الغالب كون البنت مع الام عند زوج الام وهو المراد بالحجر هنا ولو لا هذا لثبتت الاباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة وبالرجوع الى الاصل وهو الاباحة عند من لا يعتبر المفهوم لان الخروج عنه الى التحريم مقيد بقيد فاذا انتفى القيد رجع الى الاصل لا بدلالة اللفظ قوله ولهذا اي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في موضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فحيث خص في موضع النفي بالذكر علم انه المعتبر في اضافة الحرمة والا لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم او قال لم تكونوا دخلتم بهن او ليس في حجوركم جريا على العادة في اضافة نفي الحكم الى نفي تمام العلة المركبة او احد جزئيها الدائر وان صح اضافته الى نفي جزئيها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال ثم يدخل في الحرمة بنات الربيبة والربيب وان سفل لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والآباء لانه اسم خاص لهن فلذا جاز التزوج بام زوجة الابن وبنتها وجاز للابن التزوج بام زوجة الاب وبنتها قوله ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء اعلم ان امرأة الاب والاجداد تحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشائخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة وبالزنا بناء على ارادة الوطي بالنكاح فان اريد من حرمة امرأة الاب والجد بها بطريق من ارادة الوطي قصر عن افادة تمام الحكم المطلوب حيث قال ولا بامرأة ابيه وتصدق امرأة الاب بعقده والالم يفد الحكم في ذلك المحل فانما يصح على اعتبار لفظ النكاح في لفظ الآية في معنى مجازي يعم العقد والوطي ولكن النظر في تعيينه ويحتاج الى دليل يوجب اعتباره في المجازي وليس لك ان تقول تثبت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطي بالاجماع لانه اذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مرادا منه بلا شبهة فان الاجماع تابع للنص او القياس عن احدهما يكون ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم ثبت بذلك ان ذلك الحكم مراد من كلام الشارع اذ احتمل قوله لقوله تعالى وحلائل ابنائكم ان اعتبر الحليلة من حلول الفراش احل ان تتناول الموطوءة بملك اليمين او شبهة او زنا فيحرم الكل على الآباء كما ان الثابت بها تحريم الزنا من ذكرنا الآباء على الابناء لا يثبت او المعقود عليها للابن وبعده ان سفلوا قبل الوطي كالتعرض لها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل كسر الحاء وقد قام الدليل على حرمة المزني بها للابن على الاب بما سنذكره في موضعه فيجب اعتباره في اعم من الحل والحل ثم يراد بالابناء الفروع فيحرم حليلة الابن وان سفل على الجد الاعلى وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع وذكر الاصلاب في الآية لاسقاط حليلة المتبنى وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعي والمنقول عنه ان ذكر الاصلاب لاحلال حليلة المتبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف قوله ولا بامه من الرضاعة لما ذكرنا انه يحرم من اول الفصل الى هنا يحرم من الرضاع حتى لو ارضعت امرأة صبيا حرم عليه وجه زوج المرضعة الذي نزل لبنها منه لانها امرأة ابيه من الرضاعة ويحرم على زوج المرضعة امرأة هذا الصبي لانها امرأة ابنه من الرضاعة وسنستوفي ان شاء الله تعالى في كتاب الرضاع قوله ولا يجمع بين اختين نكاحا اي عقدا ولا بملك يمين وطيا وهذان تمييزان لنسبة اضافية والاصل بين نكاح اختين ووطيهما مملوكتين ولا فرق بين كونهما اختين من النسب او الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان ارضعتهما اجنبية فسد نكاحهما وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط واستدل بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف بناء على ان التحريم المذكور اول الآية اضيف بواسطة العطف الى الجميع وهو اعم من كونه عقدا او وطيا وعن عثمان رضي الله عنه اباحته وطيا في المملوكتين قال احلتهما آية وحرمتهما آية وهو يعنيه وقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم فرجح الحل فحمل الغاير عن عثمان رضي الله عنه رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم يعتد بخلاف اهل الظاهر وبتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر الخ غريب وفي الباب احاديث كثيرة ٤٠

فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من أهله مضافا إلى محله وإذا جاز لا يطأ الأمة وإن كان لم يطأ المنكوحة لأن المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا ويطأ المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا إذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما لأن نكاح أحدهما باطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق

منها ما في الصحيحين عن أم حبيبة قالت يا رسول الله انكح أختي الحديث إلى أن قال إنها لا تحل لي وحديث أبي داود عن الترمذي عن أبي وهب الجيشاني أنه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن أبيه فيروز الديلمي قال قلت يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان قال طلق أيتهما شئت قال الترمذي حسن غريب ورواه البيهقي وابن حبان بلفظ أبي داود اختر أيتهما شئت **قوله** فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح خلافا لبعض المالكية وجه قولهم أن المنكوحة موطوءة حكما باعتبار الحكم فيصير بالنكاح جامعا وطئا حكما وهو باطل باعترافكم لأنكم عللتم عدم جواز وطء الأمة وإن لم يكن وطئ المنكوحة بلزوم الجمع وطئا حكما وعلمتم أن حكم وطء الأمة السابق قائم حتى استحب له لو أراد بيعها أن يستبرئها وما قيل حال صدور العقد لا يكون جامعا وطئا بل بعد تمامه فإن ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع فإن صدوره من أهله مضافا إلى محله وإن كان ليس جمعا في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان لكن هو حكمه وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد في صفحات كلامهم مواضع علل المنع فيها بمثله وقد يجاب بأن هذا اللازم بيده إزالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطء بعد بالقيام إذ ذاك **قوله** ولا يطأ الأمة الحاصل أنه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب كبيع الكل أو البعض والهبة مع التسليم والإعتاق أو بالكتابة والتزويج وعن أبي يوسف رحمه الله لا تحل المنكوحة بالكتابة وعنه لو ملك فرجها غيره لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطئها لاحتمال كونها حاملا منه فعلى هذا لو حاضت بعد الوطء قبل التمليك حلت المملوكة بمجرد التمليك وجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ومن هنا قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لأن حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة إلى اشتراط التحريم بسبب آخر وأجيبوا بأن حكم الوطء المرقوقة قائم حتى لو أراد بيعها استحب له استبراؤها فالوطء يكون جامعا وطئا حكما وإطلاق الآية يمنعه هذا كلامهم وهو مصرح بما ذكرناه آنفا وهذا إذا كان النكاح صحيحا بخلاف الفاسد إلا إذا دخل بالمنكوحة فيوجب تحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لأنه وطء معتبر تترتب الأحكام عليه **قوله** لأن المرقوقة ليست موطوءة حكما لأن ملك اليمين لم يوضع للوطء بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب ولدها إلا بدعوة **فرع** لو اشترى أختين ليس له وطؤهما فإن وطئ إحداهما أو لمسها بشهوة لم يحل له وطء الأخرى حتى يحرم الأخرى بسببه ولو وطئهما أثم ثم لا تحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب ولو باع إحداهما أو وهبها أو زوجها ثم ردت المبيعة أو رجع في الهبة أو طلقت المنكوحة أو انقضت عدتها لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب كما كان أولا **قوله** فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما الأولى فرق بينه وبينهما هذا تفريع على حرمة الجمع وقيد بعقدتين إذ لو كانا في عقدة بطلا يقينا وبعدم علم الأولية إذ لو علم صح النكاح الأول وبطل الثاني وله وطء الأولى إلا أن يطأ الثانية فتحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية كما لو وطئ أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة وفي الدراية عن الكامل لو زنى بإحدى الأختين لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة وهذا مشكل والله سبحانه أعلم **قوله** ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية طولب بالفرق بين هذا وما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل وأجيب بإمكانه هناك لا هنا لأن النكاح كان متيقن الثبوت فلا يرتفع نكاح من شاء بعينه منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها فحرم التمسك بما لم يتيقن ثبوته **قوله** ولا إلى التنفيذ مع التجهيل أي تنفيذ نكاحهما مع جهل المحللة منهما لأنه تنفيذ الجمع بين الأختين أو تنفيذ نكاح إحداهما مع تجهيلها بأن ينفذ الأحد الدائر فيهما لعدم الفائدة وهو حل الاستمتاع إذ لا يقع إلا في معينة ولا حل في المعينة أو للضرر عليه بإلزامه النفقة وسائر الواجب مع عدم حصول المقصود وعليها بصيرورتها معلقة لا ذات بعل في حق الوطء ولا مطلقة والتضرر للأولى لو وقع تعيينه لغيرها وهي الصحيحة والثانية لو وقعا

ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فينصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احدهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة

في الوطء الحرام وفي هذا النظر اذ لا ضرر عليهما في الدنيا وهو ظاهر ولا في الآخرة لعدم قصدهما الفعل الاثم ولو قال للضرر بالواو كان اولى لان كلا منهما لازم فيستفيد مع التحصيل تعيين التفريق والظاهر انه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك ثم ان وقع قبل الدخول فله ان يتزوج ايتهما شاء في الحال او بعده فجاء فليس له ان يتزوج واحدة منهما حتى تنقضي عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الاخرى كيلا يصير جامعا وان بعد الدخول باحداهما فله ان يتزوجها في الحال دون الاخرى فان عدتها تمنع من تزوج اختها **قوله** لهما نصف المهر المسمى لهما بناء على ان التفريق قبل الدخول مع تساوي مهريهما جنسا وقدرا سواء برهنت كل على انها سابقة او وحدة فقط اما لو قالت لا ندري السابقة منا لم يقض بشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهر كامل لانه في النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل يجب حمله على ما اذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا اما اذا اختلفت فيتعذر ايجاب عقر ليست احداهما اولى بجعلها ذات العقر من الاخرى لانه فرع الحكم بانها الموطوءة في النكاح الفاسد هذا مع ان الفاسد ليس حكم الوطء فيه اذا سمي فيه العقر بل الاقل من المسمى ومهر المثل ولو اختلفا جنسا او قدرا يقضى لكل بربع مهرها وان لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وكل هذه الاحكام المذكورة بين الاختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم والتقييد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما اي دعواها انها الاولى او يصطلحان بان يقول نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على اخذه ذكره المشائخ ليندفع به قول ابي يوسف انه لا شيء لهما بالجهالة المقضي لها فهو كما لو قال لاحد هذين عندي الف لا يقضى بشيء لجهالة المقضي له وعن محمد ان عليه مهرا كاملا بينهما نصفان لان الزوج اقر بجواز نكاح احدهما فيجب مهر كامل وجوابه انه يستلزم ايجاب النصف بالتحقق عدم لزومه فان ايجاب كماله حكم الموت او الدخول **قوله** ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها تكرار لغير داع الا ان يكون المبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ذلك لا تشريع فانه لا يستلزم منع نكاح المراة على عمتها او خالتها مع القلب بجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليهما دون او خالتهما على ابنة الاخت لزيادة تكرمتهما على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام في الصحيحين ويؤنسه حرمة نكاح الامة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر في الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يرد فيه على قول لا يجمع بين المراة وعمتها ولا بين المراة وخالتها اخرجه في الصحيح **قوله** وهذا مشهور اي الحديث المذكور ثابت في صحيح مسلم وابن حبان رواه ابو داود والترمذي والنسائي وتلقاه الصدر الاول بالقبول من الصحابة والتابعين رواه الجم الغفير منهم ابو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وابو سعيد الخدري فيجوز الزيادة به على الكتاب يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم لا الزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع ان العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة فلو كان من اخبار الآحاد جاز التخصيص به ايضا غير متوقف على كونه مشهورا والظاهر انه لا بد من ادعاء الشهرة لان الحديث موقعه النسخ لا التخصيص لان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ناسخ لعموم قوله واحل لكم اذ لو تقدم لزم نسخه بالآية فيلزم حل المشركات وهو منتف او تكرار النسخ وهاهنا خلاف الاصل بيان الملازمة انه يكون السابق حرمة المشركات ثم نسخ بالاسلام وهو احل لكم ما وراء ذلكم ثم يجب تقدير ناسخ آخر لان الثابت الآن الحرمة **قوله** ولا يجمع بين امراتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز ان ينكح بالاخرى ثم اتى بعد ذكر ذلك الفرع باصل كلي يتخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك ان يتزوج كل من رجلين ام الآخر فيولد لكل منهما بنت فتكون كل من البنتين عمة الاخرى او يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة الاخرى فيحرم الجمع بينهما. والدليل على اعتبار

والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور

الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم وروى ابو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة فاوجب تعدي الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة يفترض وصلها وهي ما تضمنه الاصل المذكور وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في اباحة الجمع بين غير الاختين وقد روي في خصوص ابنتي العم والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كره ان يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين والخالتين وان تكلم في خصيف فالحجة قائمة بغيره وهذا مؤيد قوله والقرابة المحرمة للنكاح اي بمقتضى آية المحرمات محرمة للقطع على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع القطع فلا يحل وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني اي انما حرمت للقطع فانه ما توقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي الى القطيعة فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية اعني حرمت عليكم امهاتكم الى آخرها على الرجل وان كان في بعضها غير ذلك ايضا كمناط لاحترام الامهات والعمات والخالات بالافتراش فيمكن ادراجه في القطيعة ولا شك ان الجمع افضى اليه لكثرة المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع اولى من حرمة الآية قوله ولو كانت المحرمية بينهما اي بين المرأتين بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فلا يجوز ان يجمع بين الاختين من الرضاع او امرأة وابنتها من الرضاع لانها عمتها او امرأة وابنة اختها من الرضاع لانها خالتها من الرضاع قوله لا قرابة بينهما ولا رضاع يعني ان الموجب لاعتبار ذلك الاصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرم عليه الاخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها او الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه حتى لا يجوز ان يجمع بين اختين من الرضاع او عمة او خالة وابنتي اخ واخت من الرضاع وكذا كل محرمية بسبب الرضاع وكلاهما منتف في الربيبة وزوجة الاب فكان تحريم الجمع بينهما قولا بلا دليل وهذه اعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة ابيها مما اتفق عليه الائمة الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه احد من اهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز اخرجه الدارقطني من حديث مولى ابن عباس ثم قال تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامرأة علي وذكره البخاري تعليقا قال جمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأة علي وتعليقاته صحيحة قال ابن سيرين لا بأس به وكرهه الحسن مرة ثم قال لا بأس به وقد ذكرنا انه لا بأس ان يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه امها او بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد ابن الحنفية الرجل امرأة وزوج ابنه بنتها قوله ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وان علت وابنتها وان سفلت بناء على ما قدمنا من ان الام هي الاصل لغة وابنتها وان سفلت وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني واجداده وان علوا وابنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزاني فان افضاها لا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن ابي يوسف اكره له الام والبنت وقال محمد التنزه احب الي ولكن لا افرق بينه وبين امها وقد يقال اذا كان المس بشهوة تنتشر بها الآلة محرما يجب القول بالتحريم اذا افضاها ان لم ينزل وان انزل فعلى الخلاف الآتي وان انتشر معه او زاد انتشاره كما في غيره والجواب ان العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق في صورة الافضاء ذلك اذ لم يتحقق كونه في القبل ولا بد من كونها مشتهاة حالا او ماضيا وعن ابي يوسف اذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز الشوهاء ولهما ان العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة لجوازه وقوعه لابراهيم وزكريا عليهما السلام وكان يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما فتساويا والتحقت العجوز بخلاف العادة لا توجب ان الشيرة العادية ولا يخرجان عن العادة في الشيء ولا يتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافا لما عن الاوزاعي واحمد ووجه ما تقدم الجواب المذكور وبقولنا قال مالك في رواية واحمد خلافا للشافعي ومالك في اخرى وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الاصح وعمران بن حصين وجابر

ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا

وابي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمن بن يسار وحماد والثوري واسحق بن راهويه ولو ولدت منه بنتا بان زنى ببكر وامسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لانها بنته حقيقة وان لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه لقصر امهاتها امهاتنا اولادا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فان المراد الولد الذي يترتب عليه احكام الشرع الا ان حكم الحرمة عارضته فيه قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعا والاتفاق على حرمة الابن من الرق على امه فعلمنا ان حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في امر الفروج وبحرمتها البنت من الزنى قال مالك في المشهور واحمد خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اخته من الزنى وبنت اخيه او ابنه منه بان زنى ابوه او اخوه او اخته او ابنه فاولدوا بنتا فانها تحرم على الاخ والعم والخال والجد وقوله ظاهر من الكتاب قوله ولنا ان الوطء سبب الحرمة اعم بان الدليل يتم بان يقال هو وطء سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطء الحلال بناء على الغاء وصف الحل في المناط وهو يعتبره وهذا منشاء الافتراق ونحن نبين الغاءه شرعا بان وطء الامة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وامة المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة فعلم ان المعتبر هو الاصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا او حراما وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام الحلال غير مجرى على ظاهره ارأيت لو بال او صب خمرا في ماء قليل مملوك له يكن حراما مع انه يحرم استعماله فيجب كون المراد ان الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما ونحن نقول بموجبه اذ لم نقل باثبات الزنى حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ هذا لو صح الحديث لكن حديث ابن عباس ضعف بعثمان بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري والنسائي وابو داود ليس بشيء وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن ابي فروة وهو متروك وحديث عائشة ضعف بانه من كلام بعض قضاة العراق قاله الامام احمد وقيل من كلام ابن عباس رض وخالفه كبار الصحابة وقد استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء بناء على ان المراد بالنكاح الوطء اما لانه الحقيقة اللغوية او مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وانما الفاحشة الوطء لا نفس العقد ويمكن منع هذا بل نفس فعلها الذي وصفه الشارع لاستباحته الفرج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء اي المعقود عليهن لهم بعد ما جعله الله محرما تقبيح وقدمنا المصنع اعتبار الآية دليلا على تحريم المعقود عليها للاب وقد روى اصحابنا احاديث فيه منها قال رجل يا رسول الله اني زنيت بامراة في الجاهلية افانكح ابنتها قال لا ارى ذلك ولا يصلح ان تنكح امراة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها وهو مرسل ومنقطع وفيه ابو بكر بن عبد الرحمن بن ابنة حكيم ومن طريق ابن وهب عن ابي يوسف عن ابن جريج ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المرأة [illegible] على ابنتها وهو مرسل ومنقطع الا ان هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات فالكل اصل ان المنقولات تحافات وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغالطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق وعدا على الحل ارسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه بل من حيث هو يترتب على المصاهرة وحقيقة النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا عضدا وساعدا يهمه ما اهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفى الصهرية وغاية تنهاا يضا لان الانسان ينفر من الزنى ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فانى تنتفع به فالمرجع القياس وقد بينا فيه الغاء وصف زائد على كونه وطأ وظهر ان حديث الجزئية واضافة الولد الى كل منهما كملا لا يحتاج اليه في تمام الدليل الا ان الشيخ ره ذكره بيانا لحكمة العلة يعني ان الحكمة في وجوب الحرمة بهذا الوطء كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منهما كملا وحيات الفضل فلا بد من اختلاطهما ولا يخفى ان الاحتياط

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها

احتاج تحققه الى الولد والا لم تثبت الحرمة بوطء غير معلق او الواقع خلافه فتضمنت جزءه والاستمتاع بالجزء حرام لقوله صلى الله عليه وسلم ناكح اليد ملعون لانه في
موضع الضرورة وهي المنكوحة والا استلزم البقاء تزوجها عظيما تضيق عنه الاموال النساء واذا تضمنت جزءه صارت امهاتها كامهاته وبناتها
كبناته فيحرمن عليه كما تحرم امهاته وبناته حقيقة ونقول هو الاوجه ان بالانفصال تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار وعند عدم العلوق غاية ما يلزم كون
العلة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المترفه قوله ومن مسته امرأة بشهوة اي بدون حائل او بحائل رقيق يصيب حرارة البدن الى اليد
وقيل المدار وجود الحجم وفي مس الشعر روايتان ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ويشترط كونها مشتهاة حالا او ماضيا فلو مس عجوزا
بشهوة او جامعها تثبت الحرمة وكذا اذا كانت صغيرة تشتهى قال ابن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس فما دونها لا بلا تفصيل وبنت
ثمان وسبع او ست ان كانت عبلة كانت مشتهاة والا فلا وكذا الشرط في الذكر حتى لو جامع ابن اربع سنين زوجة ابيه لا تثبت حرمة المصاهرة وهذا ما وعدناه
من قريب لا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا او ناسيا او مكرها او مخطئا حتى لو ايقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى بنت منها فقرصها بشهوة
وهي ممن تشتهى يظن انها امها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة ولك ان تصورها من جانبها بان ايقظته هي كذلك فقرصت ابنها منه وقوله بشهوة في
موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر في حد الشهوة من ان الصحيح ان تنتشر الآلة او تزداد
انتشارا هو قول السرخسي وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى ان يميل قلبه ويشتهي جماعها وفرع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فاولج
بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الام ما لم يزدد الانتشار ثم هذا الحد في حق الشاب اما الشيخ والعنين فحدهما تحرك قلبه او زيادة تحركه ان كان
متحركا لا مجرد ميلان النفس فانه يوجد فيمن لا شهوة له اصلا كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ حتى لو مس واقر انه بشهوة تثبت الحرمة عليه وكان ابن
مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لانه لا يعتبر الا تحرك الآلة ثم وجود الشهوة من احدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها في حق الحرمة واقله تحرك
القلب على وجه يشوش الخاطر هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بان يصدقها ويقع في اكبر رأيه صدقها وعلى هذا ينبغي ان يقال في مسه اياها لا
تحرم على ابيه وابنه الا ان يصدقاه او يغلب على ظنهما صدقه ثم رأيت عن ابي يوسف انه ذكر في الامالي ما يفيد ذلك قال امرأة قبلت ابن زوجها
وقالت كان عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق بينهما ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر ان كان قبل الدخول ويرجع به على الاب ان تعمد
الفساد ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لانه وجب الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر وتقبل الشهادة على الاقرار
باللمس والتقبيل بشهوة ولو اقر بالتقبيل وانكر الشهوة ولم يكن انتشار ففي بيوع الاصل والمنتقى يصدق وفي مجموع النوازل لا يصدق لو قبلها على الفم
قال صاحب الخلاصة وبه كان يفتي الامام خالي وقال القاضي الامام يصدق في جميع المواضع حتى رأيته افتى في المرأة اذا اخذت ذكر الختن في الخصومة
فقالت كان عن غير شهوة انها تصدق انتهى ولا اشكال في هذا فان وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة بخلاف ما اذا قبلها منتشرا فانه
لا يصدق في دعوى عدم الشهوة والحاصل انه اذا اقر بالنظر وانكر الشهوة صدق بلا خلاف وفي المباشرة اذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف
فيما اعلم وفي التقبيل اذا انكر الشهوة اختلف فيه قيل يصدق لانه لا يكون عن شهوة غالبا الا ان يظهر خلافه بالانتشار ونحوه وقيل لا يقبل وقيل بالتفصيل
بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق او على الفم فلا والارجح هذا الا ان الخد يترأى الحاقه بالفم ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما يقام عليه
البينات بعد المدعي تزوج امها او قبلها او لمسها بشهوة على ان قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على ارادة القبلة على الفم ونحوه او في اللمس

وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره إلى فرجها ونظرها إلى ذكره عن شهوة له أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك إلا عند اتكائها ولو مس فأنزل فقد قيل إنه يوجب الحرمة والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطي وعلى هذا إتيان المرأة في الدبر وإذا طلق امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا لم يجز له أن يتزوج بأختها

فقط إن أريد غير الفم ونحوه والحاصل أن الدعوى إذا وافقت الظاهر قبلت وإلا ردت فرأى الخصوص في المحيط لو كان لرجل جارية فقال وطئتها لا تحل لابنه إن كانت في غير ملكه تحل لابنه أن يكذبه لأن الظاهر يشهد له قوله وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم قيل عليه إن ثبوت خلافه مستفاد من المسائل السابق بطريق أولى فلا حاجة إلى نقله مرة أخرى أجيب بأن المس المتكلم فيه سابقا مفروض في الحلال وإن كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت الخلاف في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة فلا بد من فرض كون المسوس مستعملا في شرح الوجيز قال المراد بالمرأة المنظور إليها المس التي فيها خلاف الشافعي الأجنبية لا المنكوحة لأنه إما أن يراد المنكوحة أو الأجنبية أو الأمة لا سبيل إلى الأول لأن أم المنكوحة حرمت بالعقد عليها بنتها بالنظر والمس إلا أن حرمتها جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة إلا في حرمة تحريم الربيبة دون الأم ولا سبيل إلى الأجنبية لأن الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي قوله والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل وعن أبي يوسف النظر إلى منابت الشعر يحرم وقال محمد ينظر إلى الشق وجه ظاهر الرواية أن هذا الحكم تعلق بالفرج والداخل فرج من كل والخارج فرج من وجه وأن الاحتراز عن النظر إلى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره انتهى وللقائل أن يمنع الثاني ويقول في الأول قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من أول الكتاب ما أو أنقل نظيره إلى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر إلى الخارج وهو قوله ولنا أنه متى وجب من وجه فالاحتياط في الإيجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط وقد يجاب بأن نفس الحكم وهو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط فروع النظر من وراء الزجاج إلى الفرج محرم بخلاف النظر في المرآة ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه تثبت الحرمة ولو كان من على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم كأن العلة والله أعلم أن المرئي في المرآة مثاله لا هو وبهذا عللوا الحنث فيما إذا حلف لا ينظر إلى وجه فلان فنظره في المرآة والماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي بخلاف المرآة ومن الماء وهذا ينفي كون الإبصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الأشعة وإلا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيها بخلاف المرئي في الماء لأن البصر ينفذ فيه إذا كان صافيا فيرى نفس ما فيه وإن كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ولهذا كان له الخيار لو اشترى سمكا رآه في الماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر شرط الحرمة بالنظر أو المس أن لا ينزل فإن أنزل فقال الأوزجندي غيره يثبت لأن مجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والإنزال لا يوجب رفعها بعد ثبوتها والمختار لا تثبت كقول الصدر وشمس الأئمة والبزدوي بناء على أن الأمر موقوف حال المس إلى ظهور عاقبته إن ظهر أنه لم ينزل حرمت وإلا لا والاستدلال الصحيح في الكتاب إلا أن قاصرته يلوا نيط الحكم بالسبب إنما يكون خفاء السبب وإلا فهو تعليق بغير المناسب وبغير حاجة والأولى أن علل كون المناسب شرعا نفس الاستمتاع يحل الولد النظر واللمس نظرا إلى أن الآثار جاءت بالحرمة في المس ونحوه وقد روي في الغاية السمعانية حديث أم هانئ عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وفي الحديث ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها وعن عمر رضي الله عنه أنه جرد جارية ونظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال أما إنها لا تحل لك وهذا إن تم كان دليل أبي يوسف في كون النظر إلى منابت الشعر كافيا وعن ابن عمر قال إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها وعن مسروق أنه قال بيعوا جاريتي هذه أما إني لم أصب منها إلا ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة قوله لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها وفي المبسوط لا تتزوج المرأة في عدة الأخت من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن قال الشافعي رحمه الله إن كانت العدة عن طلاق بائن جاز وعلى هذا الخلاف تزوج أربع سوى المعتدة عن بائن ونحوه قال مالك وبقولنا قال أحمد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وذكر سليمان بن يسار عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي وروي عن عبيدة عن زيد بن ثابت رضي الله عنه إلا أن أبا يوسف ذكر في الأمالي ٤٢

حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رح ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا ابقى القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

رجوع زيد رض عن هذا القول وكذا ذكره الطحاوي رح وحكى ان مروان شاور الصحابة رض في هذا واتفقوا على التفريق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة ما اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على اربع قبيل الظهر ثم ان محل النزاع تجاذبه اصلان الطلاق الرجعي وما بعد انقضاء العدة فقاس البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح اعمالا للقاطع ومع هذا الطلاق البائن يدل على انقطاعه انه لو وطيها عالما بالحرمة حد وقسنا على الاول بجامع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية وهذا لانه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية منفصلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي الا قيام احكامه الا ان لفظ تزوجت وزوجت ثلاثا بحجر والانقضاء فقيامه بعده ليس الا قيام حكمه الراجع الى الاختصاص استمتاعا واسكانا وقد بقي الاسكان والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فبقي النكاح من وجه واذا كان قائما من وجه حرم تزوج اختها وارابع سواء امن وجه فحرم مطلقا الحاقا بالرجعي او بما لا يحصى من الاصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم واباحة مع وجوب الاحتياط في امر الفروج وتخيص تزوج الاخت في عدة الاخت دلالة النص المانع من الجمع بين الاختين فانه علل فيه بالقطيعة وهي هنا اظهر والزم فان مواصلتها اختها في حال حبسها بلا استمتاع اغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع فان الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج الا اذا ادعاه ففيه دليل على انه لو ادعى نسبه يثبت ويستلزم ان الوطئ في عدة الثلث ليس زنا مستعقبا لوجوب الحد الا لم يثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد وان سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما سنبينه وانما قلنا اثر النكاح قائم من وجه وبه تحريم الاخت من وجه وبه تحريم مطلقا وفي المجتبى جواز نكاح الاخت في عدة الاخت يؤدي الى جمع ماء في رحم اختين لجواز العلوق بعد النكاح ويثبت في المعتدة الى سنتين وهو ممتنع بالحديث انتهى يعني قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل باختها بعده يلزم ما ذكر ايضا فروع الاول اذا اخبر المطلق عن المطلقة انها اخبرته ان عدتها انقضت فان كانت في مدة لا تحتمل العدة او لا لا يصح نكاح اختها الثاني لانه لا يقبل قولها ولا قوله الا ان يفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق وفي الاول يصح نكاح اختها سواء اسكنت المخبر عنها او صدقته او كذبته او كانت غائبة وقال زفر اذا كذبته لا يصح نكاح اختها لانها امينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولد ها اذا اتت به ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول لقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ولنا انه اخبر عن امر ديني بينه وبين الله تعالى هو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها انفع الثاني حقها فعملنا ببقاء النفقة بخلاف نكاح الاخت لاحق لها فيه فلا تقبل فيه ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعا ببقاء العدة والفراش كالاختين المملوكتين بخلاف ما اذا ولدت فانه من ضرورة القضاء به الحكم باسناد العلوق فيتحقق تكذيبه ثم قال في الاصل هنا ان مات لم ترثه وكان الميراث للاخرى وذكر في كتاب الطلاق الميراث للاولى دون الاخرى لكن وضع المسئلة هنا اذا كان مريضا حين قال اخبرتني ان عدتها انقضت وكذبته وانما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فاما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للاولى وان لم يخبر الزوج بها وفي كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها بما في نفسها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في ابطال ارثها وهو تخبر ان بقبوله ذلك اخبر ان الواقع صار ثابتا فكانها ابانها في صحته فلا ميراث لها ولو ابانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول ابي حنيفة لان عندهما يجعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد وحتى كان الميراث للاولى فلا ميراث

ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اى العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله

الثانية الثاني لو اعتق ام ولده لم يحل له تزويج اختها حتى تنقضي عدتها ويحل له تزويج اربع سواها عنده وعندهما تحل الاخت ايضا قياسا على تزويج الاربع ولان حقيقة الملك لما لم تمنع فكيف بالعدة وما هي الا اثره وابو حنيفة رحمه الله يفرق بضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده الا ترى انه كان يمكنه تزويجها قبله لا بعده حتى تنقضي فلو تزوج اختها بعد العتق كان مستلحقا نسب ولدي اختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الاربع سواها فغايته انه جمع بين فرش الخمس الثالثة لو تزوج المرتدة او لحقت بدار الحرب تزوج اختها قبل انقضاء عدتها كما اذا ماتت لانه لا عدة عليها من الحربي للتباين فان عادت مسلمة فاما بعد تزوج الاخت او قبله ففي الاول لا يفسد نكاح الاخت لعدم عود العدة وعند ابي يوسف تعود العدة وفي ابطال نكاح اختها عنه روايتان ونحو الثاني لذلك عند ابي حنيفة لان العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد وعندهما ليس له تزوج الاخت وعودها مسلمة لم يصر شرعا كانها كالغيبة الا ترى انه يعاد اليها مالها فتعود معتدة قوله ولا يتزوج المولى امته ولو ملك بعضها ولا المرأة عبدها وان لم تملك سوى سهم واحد منه وقد حكى في شرح الكنز الاجماع على بطلانه وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية قوله لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين اى في الملك منها ما يختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل الا باذن ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن من غيره ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة وما للولد حق الاضافة والمملوكية تنافي المالكية فقد نافت لازم عقد النكاح ومنافي اللازم منافي للملزوم ولا وجه اذا تاملت بعد هذا التقرير للسوال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لان الغرض ان لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من ملك الامور على الخصوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه ولو اشترت زوجها او شيا منه فسد النكاح ويسقط المهر كما لو وهب عبدا ثم اشتراه سقط الدين لانه لا يثبت للمولى على عبده دين ويجوز تزويج الكتابيات والاولى ان لا يفعل ولا ياكل ذبيحتهم الا للضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعي للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد على التخلق باخلاق اهل الكفر وعلى الرق بان تسبى وهي حبلى فيولد رقيقا وان كان مسلما والكتابي من يؤمن بنبي ويقر بكتاب والسامرة من اليهود واما من يؤمن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم اهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال في المستصفى قالوا هذا يعني الحل اذا لم يعتقدوا المسيح الها اما اذا اعتقده فلا وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان لا ياكلوا ذبائح اهل الكتاب اذا اعتقدوا ان المسيح اله وان عزيرا اله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغي ان يجوز الاكل والتزوج انتهى وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الائمة لان ذبيحة النصراني حلال مطلقا سواء قال ثالث ثلاثة او لا وهو موافق لاطلاق ما في الكتاب هنا والدليل وهو قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فسروا بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذا كان ابن عمر يمنع من تزويج الكتابية مطلقا لانه يراها في المشركة قال تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى ان قال سبحانه وتعالى عما يشركون قلنا وقد قيل ان القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا الا كلهم فيهود ديارنا يصرحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد واما النصارى فلم ار الا من يصرح بالابنية قبحهم الله لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل في اهل الكتاب فاما من اطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك اذا ذكر في لسان الشارع لا ينصرف الى اهل الكتاب وان صح لغة في طائفة بل طوائف واطلق لفظ الفعل اعني يشركون على فعلهم كما ان من راى بعمله من المسلمين فلم يعمل الا لاجل زيد يصح في حقه انه مشرك لغة ولا يتبادر عند اطلاق الشارع لفظ المشرك ارادته لما عهد من ارادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين منفكين ونص على حلهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اي العفائف منهن وتفسير المحصنات بالمسلمات يعلمن المعنى احل لكم المسلمات

ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنّوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم
ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن

من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان كن قد انقرضن فلا فائدة اذ لا يتصور الخطاب بحل الاموات للمخاطبين الاحياء وان كن احياء ودخلن في دين
سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين بل ويدخل في المحصنات المعطوف عليه
قوله والمحصنات من المؤمنات ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف ثم المراد من ذكره بعث الاماء
على التخير لنطفتها لا يرى ان العفة ليست شرطا في المؤمنات اتفاقا وان لم يدخلن فهو عين الدليل حيث ابيح الكتابيات الباقيات على ملتهن ولو سلم فهي منسوخة
اعني ولا تنكحوا المشركات نسخت في حق اهل الكتاب المثلثين وغيرهم بآية المائدة وبقي من سواهم تحت المنع ذكره جماعة من اهل التفسير لان سورة المائدة
كلها لم ينسخ منها شيء قطعا على ان تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير بارادة لا لغة ويدل على الحل تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم
ممن التزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر رضي الله عنه فقالوا نطلق يا امير المؤمنين وانما كان غضبه لمخالطة الكافرة وخوف الفتنة على الولد لانه في
صغره الزم لامه وشدة قول مالك فانه يصير لشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع الا ان عدم الحل الا ترى الى قولهم انطلق يا امير المؤمنين لم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره
ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف الى زمنه وخطب المغيرة هندا ابنة النعمن بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق الى اليوم بظاهر الكوفة
وكانت قد عميت فابت وقالت اي رغبة لشيخ اعور في عجوز عمياء ولكن اردت ان تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمن بن المنذر فقال صدقت وانشأ
يقول شعر ادركت ما منيت نفسي خاليا لله درك يا ابنة النعمان فلقد رددت على المغيرة ذهنه ان الملوك ذكية الاذهان في ابيات وكانت بعد ذلك تدخل
عليه فيكرمها ويسالها عن حالها فقالت شعر بينا نسوس الناس والامر امرنا اذا نحن فيهم سوقة نتنصف فاف لدنيا لا يدوم نعيمها تقلب تارات بنا وتصرف قولها
نتنصف اي نستخدم والمنصف الخادم فاذا كان الامر على ما قررناه فلا جرم ان ذهب عامة المفسرين الى تفسير المحصنات بالعفائف ثم ليست العفة
شرطا بل هو للعادة او للندب ان لا تتزوجوا غيرهن كما اشرنا اليه آنفا والائمة الاربعة على حل الكتابية الحرة واما الامة الكتابية فخلاف عندنا وسياتي خلافا
فيها قوله ولا يجوز تزوج المجوسيات عليه الاربعة ونقل الجواز عن داود وابي ثور ونقله اسحق في تفسيره عن علي رضي الله عنه بناء على انهم من اهل الكتاب فواقع ملكهم اخته
ولم ينكر وعليه فاسري بكتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشيء لانا نعني بالمجوس عبدة النار فكانهم كان لهم كتاب ولا الا اتركه فانا لما سال نهم الآن اخذ في المشركين
وبهذا استغنى عن منع كونهم من اهل الكتاب بانه يخالف قوله تعالى انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا من غير تعقيب بانكار وعدهم المجوس فيقتضي انهم طائفة
وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان اخرجوا عن كونهم اهل كتاب يدل على اخراجهم الحديث المذكور وهو ما اخرجه عبد الرزاق وابن ابي شيبة عن قيس بن مسلم
عن الحسن بن محمد بن علي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا
آكلي ذبائحهم قال ابن القطان هو مرسل ومع ارساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء ورواه ابن سعد في الطبقات
من طريق ليس فيها عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر الى ان قال بان لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وفي سنده الواقدي
وروى مالك في موطاه عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال ما ادري ما اصنع في امرهم فقال عبد الرحمن بن عوف اشهد لسمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب انتهى وسياتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية ان شاء الله تعالى قوله ولا الوثنيات وهي بالاجماع والنص
وتدخل في الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وفي شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده لان اسم
المشرك يتناولهم جميعا وقال الرستغفني لا يجوز المناكحة بين اهل السنة والاعتزال والفضلي ولا من قال انا مؤمن ان شاء الله لانه كافر ومقتضاه منع مناكحة

لم يجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم **قال** ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله

وهو محرم ثم قال ونقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج بروايتهم انتهى وهذا الحديث اخرجه ايضا البزار قال السهيلي انما ردت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها ولقوة ضبط الرواة وفقههم فان الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وان تركنا ما تساقطا للتعارض وصرنا الى القياس فهو معنى لانه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع شئ من العقود بسبب الاحرام ولو حرم لكان غايته ان ينزل منزلة نفس الوطء واثره في افساد الحج لا في بطلان العقد نفسه ايضا ولو لم يرجح كبطل عقد المنكوحة سابقا الطارئ للاحرام لان المنافي للعقد يستوي فيه الابتداء والبقاء كالطارئ على العقد وان رجحنا من حيث المتن كان معنى لان رواية ابن عباس نافية ورواية يزيد مثبتة لما عرف ان المثبت هو الذي يثبت امرا عارضا على الحالة الاصلية والحل الطارئ على الاحرام والنافي هو المبقيها لا يثبت امرا طارئا ولا شك ان الاحرام اصل بالنسبة الى الحل الطارئ عليه ثم له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان النفي من جنس ما يعرف بدليله فيعارض الاثبات ويرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم هذا بالنسبة الى الحل اللاحق واما على ارادة الحل السابق على الاحرام كما في بعض الروايات انه صلى الله عليه وسلم بعث ابا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل ان يحرم كذا في معرفة الصحابة للمستغفري فابن عباس مثبت ويزيد ناف فيرجح حديث ابن عباس لان المتن يرجح المثبت على النافي ولو عارضه بانه كان نفي يزيد مما عرف بدليله لان حالة الحل تعرف ايضا بالدليل وهي هيئة الحلال فالترجيح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوي لا بذات المتن ان وقفنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزويج في حديث ابن الاصم على البناء بها مجازا بعلاقة السببية العادية ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم اما على نهي التحريم والنكاح الوطء والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص اي لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها والعجب ممن يضعف هذا الوجه بان التمكين من الوطء لا يسمى نكاحا مع ان اللازم الانكاح لا النكاح واما استبعاده باختلال عربيته فليس بواقع لان غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وان كان غيره اكثر وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التأويل او على نهي الكراهة جمعا بين الادلة وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود الانكحة لان ذلك يوجب شغل قلبه عن الاحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماع ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لان المعنى المنوط به الكراهة وهو عليه الصلاة والسلام منزه عنه ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه كالوصال نهانا عنه وفعله قوله ويجوز تزويج الحر الامة مسلمة كانت وكتابية الخ قيد الحر غير مفيد لان الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية فكان الصواب ابداله بمالك واحمد كقوله عنهما كقولنا لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات الآية استفيد منها عدة احكام عدم جواز نكاح الامة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز نكاح الامة مطلقا عند عدمه الا من خشية العنت لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الامة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما وعدم جواز الامة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في من فتياتكم المؤمنات وايضا اذا لم تجز الامة الا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق في حال الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه للاطلاق المقتضى من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء واحل لكم ما وراء ذلكم فلا يخرج منه شئ الا بما يوجب التخصيص ولم ينتهض ما ذكروه مخرجا اما اولا فالمفهومان اعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الاصول واما ثانيا فبتقدير الحجية مقتضى المفهومين عدم الاباحة الثابتة عند

To: www.al-mostafa.com

لا يجوز تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطء ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية

وجود القيد المبيح وعدم الاباحة الثابتة اعم من ثبوت الحرمة او الكراهة ولا دلالة للاعم على الاخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة اقل فتعين فقلنا بها وبالكراهة صرح في البدائع واما التعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على صورة شتى او لتعيين احد فردي الاعم الذي هو عدم الاباحة وهو التحريم مرادا بالاعم فان عنوا ان فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه الحرمة ولكن وجود الوصف ممنوع اذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يتقارنان في وجود الولد باعتبار امه ان كانت حرة فحر او رقيقة فرقيق وان ارادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لان يتقرر الرق في الوجود لا ارتفاقه سلمنا وجوده وضعنا تأثيره في الحرمة بل في الكراهة وهذا لانه كان له ان لا يحصل الولد اصلا بنكاح الآيسة ونحوها فلان يكون لان يحصل رقيقا بعد كونه مسلما اولى اذ المقصود بالذات من التناسل انما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والالوهية وما يجب ان يعترف له به وهذا ثابت بالولد المسلم الحرية مع ذلك كما يرجح اكثر اهل مرو بيزوي وقد جاز للعبد ان يتزوج اثنتين بالاتفاق مع ان فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك عدم الضرورة وكون العبد لا اثر له في ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان ولده حرا والمانع انما يعقل كونه ذات الرق لانه هو الموجب للنقص الذي جعلوه محرما لا مع قيد حرية الاب يوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم مع ذلك التعليل اعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج الامة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط ان لا تكون جارية ابنه اي ملك الابن قال في خلاصتهم لو استولدها قبل النكاح صارت ام ولده فنزل ملكه له منزلة ملكه وعندنا لا ملك للاب من جاريته اصلا والا لحرمت على الابن **قوله** ولا يتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة اخرج الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد اثنتان الحديث الى ان قال وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وفيه مظاهر بن اسلم ضعيف واخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تنكح الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قال وهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن ايضا مرسلا وكذا رواه ابن ابي شيبة عنه واخرج عبد الرزاق انا ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة واخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه واخرج ابن ابي شيبة عن علي لا تنكح الامة على الحرة واخرج عن ابن مسعود نحوه واخرج ابن ابي شيبة ثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين تقوي الحديث المرسل لو لم يقل بحجيته فوجب قبوله ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وان اختلف طرق مأخذهم فان الثلاثة اضافوا الى مفهوم قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية وذلك ان تزوج الامة على الحرة تكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقا وقوله وهو حجة على الشافعي في اجازة ذلك للعبد يعني بحجيته الا انه انما الدليل على جوازه بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله ولا نسيري حجيته اذا اعتضد باقوال الصحابة وهنا كذلك فانه قد ذكرت ذلك عن علي وجابر على الاطلاق كما بينا وكذا يرى حجيته اذا افتى به عامة من اهل العلم وهنا كذلك وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فانه قال وان لم يوجد ذلك يعني عضد المرسل نظر الى بعض ما يروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا فان وجد ما يوافق ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على انه لم يأخذ مرسله الا عن اصل يصح ان شاء الله وكذا ان وجد عوام من اهل العلم يفتون بمثل معنى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى وبعض قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم اذ قد اخرج منه ما قدمنا وفيه نظر فان اخراج المشركات المرسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد وقياس

وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج امة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في كتاب الطلاق ان شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلاث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابي حنيفة ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده

وما قيل انه مخصوص منه الجمع بين الاختين ضعيف لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم انما يتناول الجمع ليتحقق اخراجه لانه بما تقدم ذكره مع المحرمات ثم قال واحل لكم ما وراء ذلكم اي ما وراء المذكورات نكاحا واصلا واذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فاخراجه يستدعي ثبتا ولم يثبت اذ اضافة اخراجه الى تخصيص العلة التي ادعى انها مؤثرة لحرمة النكاح الامة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت انه تقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها لان المعقول تاثير وان الرق في المنع عند عدم الضرورة وجود الطول قوله وعلى مالك في تجويزه ذلك برضى الحرة مالك يقول ان الحديث المرسل واضح طريقه الى التابعي لكنه علله باغاضة الحرة بادخال ناقصة الحال عليها فاذا رضيت انتفى ما لاجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى تخصيص النص فان لم يكن منصوصا ولا مومى اليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه بعين النص لا بالمعنى ثم بتقدير جوازه ذلك تعليل بما لم يظهر اثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر اثره في الطلاق والعدة والقسم اولى فيكون المنع باعتبار التعليل للتنصيف في احوال نكاح الامة بيانه ان الحل الثابت في النكاح فيه بين ان الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح ولما لم يمكن تنصيف نفس الحل على انه تحليل بل نصف الحل ايضا وهو تنصيف القسم اذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها الا مكن فيظهر ان حكم هذا الحديث لارادة تنصيف الاحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق وذلك ان لنكاحها حالتين الانضمام الى نكاح حرة سابقة والانفراد عنها والتنصيف اذا كان امكان الحالتين قائما تصحيح نكاحها في حالة دون حالة وتصحيح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد والانضمام الى امة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام الى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الاحكام من مناسبة ذلك ولا يبعد ان زيادة غيظ الحرة زيادة معتبرة وعلى هذا ايضا ما اصل غيظها فلا اثر له فانه يحصل بادخال الحرة ايضا وعلى هذا التقرير يندفع من الاصل ما يورد من ان الانضمام يصدق على ما اذا دخل الحرة ايضا على الامة فيلزم ان يفسد نكاح الامة بادخال الحرة عليها ويجاب بان الانضمام يقوم بالمتاخر لانه المنضم الى غيره ثم يتعلق بالمتقدم ومنهم من جعل منع ادخال الامة بالنص على خلاف القياس وتعليل الكرخي ان نكاح الحرة يثبت لها حق الحرية وحق الحرية لا يجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت الشغل ذلك هذا واما حالة المقارنة وهو ان يتزوج حرة وامة في عقدة فيجتمع في الامة محرم ومبيح فتحرم واعلم ان التعليل في الاصل انما هو للقياس ويستدعي اصلا ملحقا به منصوصا او مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة قوله فان تزوج امة على حرة الخ وكذا المدبرة وام الولد قيد بالبائن لان في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الامة اتفاقا وقولهما قول ابن ابي ليلى لان المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالاخت في عدة الاخت للحرم او ادخال حرة عليها بل تزوج الامة على الحرة وهو منتف لانه لا يقال تزوج عليها اذا تزوج وهي مبانة منه ولذا لو حلف على ان لا يتزوج على امراته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث ولذا جاز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد او وطء شبهة ولابي حنيفة ان العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها يبقى من وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لان الشبهة في المحرمات كالحقيقة احتياطا واما جواز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل انما قولهما اما قوله فلو سلم فالمنع لم يكن ثابتا لقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه واما مسألة اليمين فانما لا يحنث فيها للعلم بان المقصود من حلفه ان لا يتزوج عليها هو ان لا يدخل عليها شريكا في القسم ولان العرف لا يسمى متزوجا عليها بعد الابانة الا اذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة قوله من الحرائر والاماء اي جمعا وتفريقا الا ان في الجمع انما يجوز اذا قدم الحرائر قوله وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك اتفق عليه الائمة الاربعة وجمهور المسلمين واما الجواري فله ما شاء منهن وفي الفتاوى رجل له اربع نسوة والف جارية اراد ان يشتري جارية اخرى فلامه رجل يخاف عليه الكفر وقالوا

والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

او تزوج كيلا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده ماجورا او اجاز الزيادة واقتصر تسعا من الحرائر ونقل عن النخعي وابن ابي ليلى واجاز الخوارج ثماني عشرة وحكي عن بعض الناس اباحة اي عدد شاء بلا حصر وجه الاول انه بين العدد المحلل بمثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من مجموع ذلك تسع ووجه الثاني ان ذلك لان مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر ووجه الثالث العمومات من نحو فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ مثنى الى آخره تعداد عرفي لا قيد كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثا ويخص الاولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا والاصل عدم الخصوصية الا بدليل والحجة عليهم ان الآية سيقت لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل لانه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة فكان ذكره هنا مقتضيا بالعدد وليس الا لبيان قصر الحل عليه او هي لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا كيف وهو حال مما طاب فيكون قيدا في العامل وهو الاحلال المفهوم من فانكحوا ثم ان مثنى معدول عن عدد مكرر ولا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا الى ما لا يقف وكذا ثلث في ثلثة ثلثة ومثله رباع في اربعة لمودى التركيب على هذا ما طاب لكم ثنتين ثنتين جمعا في العقد او على التفريق وثلثا ثلثا جمعا او تفريقا واربعا اربعا كذلك ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا وانتهى الحل الى اربع مخيرين فيه بين الجمع والتفريق واما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لان اقل ما يتصور بالواحدة فما حصل الحل ان حل الواحدة كان معلوما وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وبه تم جواب الفريقين او نقول عرف حل الواحدة بقوله فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محللا عند عدم خوف الجور ثم فان عند خوفه يقتصر الحل على واحدة وانما لم يعطف بالواو فيقال او ثلث او رباع لانه لو ذكر بأو لكان الاحلال مقتصرا على احد هذه الاعداد وليس مرادا بل المراد ان لهم ان يحصلوا هذه الاعداد ان شاءوا بطريق التثنية وان شاءوا بطريق التثليث وان شاءوا بطريق التربيع فانتفى بذلك صحة التسع والثمان عشرة ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخير منهن اربعا والمراد من قوله التنصيص على العدد يمنع الزيادة العدد المذكور يعني التنصيص على هذا العدد فكان اللام للعهد الذكري او الحضوري وانما كان هذا العدد يمنع الزيادة وان كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حيث الحق بها اليمين والنذر بقوله لانه وقع قيدا في الاحلال على ما قررناه بنفي الاتمام بانه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا والحاصل انه قد يمنع الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلوة وقد لا ولا كسبعين مرة في قوله تعالى استغفر لهم الآية وقد يمنع الزيادة كما ذكرنا او النقص فقط كاقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل الخوارج تمنع الزيادة هنا التقييد والحل في كل موضع يطالب بسبب

قوله والحجة عليه ما تلوناه وهو عموم ما طاب لكم من النساء مقتصرا على العدد المذكور وقوله اذ الامة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة والا فالمنكوحة لا تنافي الامة مع ان المراد هنا بالامة ليس الا الامة المنكوحة وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة واعترض بان المراد الاستدلال بجواز تزوج الاماء اكثر من اربع استغناء باسم النساء ذلك وعلى ما قال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح فكان ينبغي ان لا يذكر المنكوحة اصلا والعناية بان يراد بالمنكوحة الحرة اي التي يريد ان ينكحها فتنكحها الخ قوله لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لان الصبي لا يوقع الفرقة بين الصبي وزوجته معلوم انه لا يملك الا من حيث هو اهل و بدليل انه يملك الاصل النكاح بالاذن فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه وجواب الاول ان الصبي احد اسباب الملك لا رقبته مجرد المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة وجواب الثاني ان ملك اصل الشيء لا يمنع التنصيف اذا تحقق ما يوجبه كالامة تملك طلب اصل الوطء من زوجها ويتنصف قسمها قوله ولنا ان الرق منصف توضيح مراده ان ما كل الثابت بالنكاح مشتركة بين الزوجين حتى ان للمرأة المطالبة بالاستمتاع وقد نصف الرق

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل

للمرأة ما لها من ذلك المحل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وامة يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلها نصف ما لها وجب ان ينصف رقها ما لها والحر تزوج اربع وللعبد ثنتان بقي ان يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين في الاحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعي في اطلاق الزائد على الامة نظرا الى العموم في الحرائر والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الاحرار قوله فان تزوج حبلى من زنى من غيره جاز النكاح خلافا لابي يوسف قول الشافعي رح كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول ابي يوسف ولو كان الحبل من زنى منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملا من زنى منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطيها عند الكل الا اجازة في الملافية عنه هذا ولا يطأها هل يستحق النفقة ذكر التمرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول اوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان عقد الساوى وهذا ينصاف الى فعلها الزنى وعن محمد كقول ابي يوسف وكما لا يباح وطيها لا يباح دواعيه وقيل لا بأس بوطيها ونقل عن الشافعي كانه يقيسه على التي زنت حيث جازت وجاز حل وطيها في الحال مع احتمال العلوق فعلم ان العلوق من الزنى لا يمنع الوطي والاولى منع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لان الفرق بين المحقق والموهوم في اشتغال الحرام ثابت شرعا لو رود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرء يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه ابو داؤد والترمذي وقال حديث حسن قوله ان الامتناع في الاصل يعني ثابت النسب حاصله قياس الحامل من الزنى على الحامل ثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليها بمعنى علة الاصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله وبهذا كذلك بدليل انه لا يجوز اسقاطه وانه لا جناية منه فيمنع الملك واستدل المصنف بعموم واحل لكم ما وراء ذلكم وحين علم انه يرد من قبل ابي يوسف ان هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج الى منع علته فقال لا نسلم ان علة المنع في الاصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي منتفية في الفرع اذ لا حرمة للزاني ومنهم من يريد في تعليل العلة فيقول الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام وقد يراد ايضا فيقال فيصان عن سقيه ولما لم يجز الوطي بحرمة السقي لم يصح العقد لان كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح وهي زيادة توجب النقض بما يحتاج اليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطي ولم نقل به فيقال ان قلت لا يترتب مطلقا منعناه او في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان والا لم يصح نكاح الحائض والنفساء الا ان ابا يوسف رح يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بانه لو كان لعقد لجاز بامرة فالاولى تعليل المنع في الاصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المؤمنات وهو منتف في الحبلى من الزنا وقد يقال ان هذا الدفع مبناه تخيل ان حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق وليس كذلك فان معنى حرمته ان الشارع اثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه ما دام قائما وحرمته لا تسقط باذنه في العقد الا ان هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح واما على ظاهر المذهب فالمطرد ما ذكرنا وعلى ما هو رواية الحسن النسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء ثم اعلم ان في سنن ابي داؤد عن رجل من الانصار يقال له نضرة بن اكثم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تزوجت امرأة على انها بكر في سترها فدخلت عليها فاذا هي حبلى فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها والولد عبد لك وفرق بيننا وقال اذا وضعت فحدوها وهي ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنى بقوله وفرق بيننا الا ان يحمل على التفريق الابدان فقط بان منعه من القربان بها الى ان تلد مع ان فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا الا ان يحمل على ارادة انه

لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع
بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل **قال** ومن
وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة
الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح لا احب له ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء

يصير بذلك وهو موافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو اولى لاستبعاد ارادة جعل الولد عبدا ببيعه الزوج بالنسبة الى مقابله لقلة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة ارادة التفريق عن المخالطة لا في العقد وهذا لان الظاهر انه انما يكون بحيث يجذمه من غير ملك فيه اذا كان مع امه عنده وهذا كله اذا ثبت هذا الحديث **قوله** فالنكاح باطل وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع **قوله** لانها فراش لمولاها بالثبوت بدليل ما ذكر وهو كون المراة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا اتت به فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء **قوله** الا انه غير متأكد الخ جواب عما قد يقال لو كانت فراشا لم تتزوجها وهي حائل كما لا تجوز وهي حامل فاجاب بان فراشها غير متأكد ويتأكد باتصال الحمل بها منه فان الحمل مانع في الجملة وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فيقتضي سببا للمنع للجمع بخلاف حالة عدمه واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان فظهر ان المانع ليس مطلقا بل المتأكد منه اما بنفسه وهو فراش المنكوحة او بالحبل قالوا الفراش ثلثة قوي وهي المنكوحة فلا ينتفي ولدها الا باللعان، ومتوسط وهو فراش ام الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وضعيف لا يثبت نسب الولد منه الا بدعوة وهو فراش الامة التي لم يثبت لها امومية الولد والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية تصريحه ان الامة ليست بفراش اصلا على ما ذكره في المسئلة التي تلي هذه وعلله بعدم صدق حد الفراش عليها بقوله فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة فيلزم اما انحصاره في الفراش القوي والضعيف واما اعتبار الفراش الثلثة في ام الولد والمنكوحة فام الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها والحامل متوسط لنوع من التأكد فيمتنع وحكم انتفاء الولد بمجرد النفي والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الاوجه واورد اذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي ان يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة فان السبب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الامة جاءت باولاد ثلثة فادعى المولى اكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم اجيب بان النفي دلالة انما يعمل اذا لم يكن صريح بخلافه وهنا كذلك اذ صورة المسئلة ان الحمل منه حيث قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية وعلى هذا لو زوج ام ولده وهي حامل قبل ان يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي ان يجوز نكاحها ويكون نفيا **قوله** ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها هذا التعليل لجواز يعني جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيها بعينها فلذا لا يقتضي ان وجود الفراش مطلقا يمنع والا لمنع في ام الولد الحائل لان علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه او بالتأكيد لا مطلق الفراش ثم بين نفي الفراش يعني حده بقوله لانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة **قوله** الا ان عليه ان يستبرئها اي بطريق الاستحباب لا الحتم وليس استبراء المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المص وصرح الولوالجي بالاستحباب **قوله** واذا جاز يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى فان خلاف محمد رح في استبراء الزوج انما هو فيه ولذا قال الفقيه ابو الليث رح في قول محمد لا احب له اي للزوج ان يطأها حتى يستبرئها لاحتمال الشغل بماء المولى هذا الخلاف فيما اذا زوجها المولى قبل ان يستبرئها فلو استبرأها قبل ان يزوجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقا وقد روي وفق بعض المشايخ بان محمدا رح نفى الاستحباب وهما اثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهم على الاستحباب ولا نزاع فان لفظ الحاكم محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ جارية ثم زوجها فان للزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها وقال محمد لا احب له ان لا يطأها حتى يستبرئها انتهى وليس فيه استبراء المولى اصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قبل قوله تفسير لقول ابي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصرح قول المص لا يوهم بالاستبراء الاستحباب ولا وجوبا لمخالفته ثم القياس المذكور لمحمد انما يقتضاه وجوب الاستبراء فان الاصل قياسه الشراء وانما يتعدى بالقياس حكم الاصل وحكمه

ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا راى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

الاستبراء بل كان المصنف اخذه من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب غاية الامر ان قوله احب ظاهر في الاستحباب ودليله يوجب ان مراده الوجوب فاعتباره اولى لان الاستدلال بما لا يطابق الدعوى بعد من اطلاق احب ان يفعل كذا في واجب وكثيرا ما يطلق المتقدمون اكره كذا في التحريم وكراهة التحريم واجب مقابلة فجاز ان يطلق في مقابلة وهو الوجوب ثم لو اورد على محمد رحمه الله ان التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له ان يبحث بان ذلك في غير الفروج اما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلقا بالوجوب ومنه نفس محل هذا القياس فان علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس الا توهم الشغل بماء الحلال او اعتبار استحداث الملك علة انما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف وان كان الاستدلال من عند المصنف فهو المؤاخذ بعدم المطابقة قوله ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ اورد عليه انه ممنوع فان الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنى ومجموع ما ذكر فيه ثلاثة اجوبة جواب صاحب النهاية بانه طرد لا نقض فان جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضي وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم الا ان الوطء هناك حرام لوجود الشغل حقيقة كيلا يسقي ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطء للحمل اما هنا لا حمل حقيقة فلو كان انما كان حكما وشرعا فكان جواز النكاح شرعا امارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا انه امارة الفراغ عن حمل ثابت النسب ونقول هو دليل الفراغ في المحل لا فيما تحقق وجوده واليه يرجع جواب صاحب النهاية اذا تاملت وهو الاولى اعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل اعتباره امارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة اما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا اختار الفقيه ابو الليث قول محمد رحمه الله لانه احوط هذا وعند زفر رحمه الله لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على اصله وهو وجوب العدة للتزوج بعدم وطء ولو زنا قوله وكذا اذا راى امرأة تزني فتزوجها حل له وطؤها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها وعند زفر رحمه الله لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلاث حيض لما قلنا عنه وقيل يكفي حيضة قوله والمعنى اي في حل وطء الزانية اذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد بعده ما ذكرنا لهما من ان الصحة امارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب وعند محمد الوطء يوجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشتراة قوله ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة خالية من الموانع اتمتع بك كذا عشرة ايام مثلا او يقول اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يذكر اياما بكذا من المال قال شيخ الاسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت ان يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة اتمتع او استمتع انتهى يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفي الموقت الشهود وتعيينها ولا شك انه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي اباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بان المتحقق ليس الا انه اذن لهم في المتعة وليس معنى هذا ان من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه ان يخاطبها بلفظ اتمتع ونحوه لما عرف من ان اللفظ انما يطلق ويراد معناه فاذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا اتمتع بك بل اوجدوا معنى هذا اللفظ ومعناه المشهور ان يوجد عقدا على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل الى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها او غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك الى ان انصرف عنك فلا عقد والحاصل ان معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت ايضا فيكون النكاح الموقت من افراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود وما يفيد ذلك من الالفاظ التي تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد من

وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح المؤقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام

باشرها من الصحابة بلفظ تمتعت بك ونحوه والله اعلم **قوله** وقال مالك هو جائز نسبته الى مالك غلط وقوله لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر النسخ هذا متمسك من يقول بها كابن عباس رضي الله عنهما قلنا قد ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم هذه عبارة المصنف وليست الباء سببية فيها فان المختار ان الاجماع لا يكون ناسخا اللهم الا ان يقدر محذوف اي بسبب العلم باجماعهم اي لما عرف اجماعهم على المنع علم انه نسخ بدليل النسخ او هي للمصاحبة اي لما ثبت اجماعهم على المنع علم معه النسخ واما دليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح وفي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر والتوفيق انها مرتين قيل ثلاثا وانما اشياء نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلوة وقيل لا يحتاج الى الناسخ لانه صلى الله عليه وسلم انما كان اباحها ثلاثة ايام فبانقضائها تنتهي الاباحة وذلك لما قال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم انه احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وهذا لا يفيد ان الاباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلثة ايام ولذا قال ثم نهى عنها وهو يشبه ما اخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهني قال اذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت انا ورجل الى امرأة من بني عامر كانها بكرة عيطاء فعرضنا انفسنا عليها فقالت ما تعطيني فقلت ردائي وقال صاحبي ردائي وكان رداء صاحبي اجود من ردائي وكنت اشب منه فاذا نظرت الى رداء صاحبي اعجبها واذا نظرت الي اعجبتها ثم قالت انت ورداؤك يكفيني فمكثت معها ثلثا ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان عنده شيء من هذه النساء فليخل سبيلها فهذا اشبه من حيث انه انما يدل على ان الاباحة اقامت ثلثا الا انها تعلقت مقيدة بالثلث فلا بد من الناسخ وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم كنت اذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيامة والاحاديث في ذلك كثيرة شهيرة واما اظهر الالفاظ التي تعطي الاجماع فما اخرجه الحازمي بسنده الى جابر خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غزوة تبوك حتى اذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا وهن يجلن في رحالنا فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر اليهن وقال من هؤلاء النسوة فقلنا يا رسول الله نسوة تمتعنا بهن قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه وقام فينا خطيبا فحمد الله واثنى عليه ثم نهى عن المتعة فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود اليها ابدا وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه بعد ما اشتهرت عنه من اباحتها فما ذكر من رجوعه ان عليا رضي الله عنه قال له انك رجل ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وفي صحيح مسلم ان عليا رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال مهلا يا ابن عباس فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك ويدل على انه لم يرجع حين قال له علي ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير ان عبد الله بن الزبير رضي الله عنه قام بمكة فقال ان ناسا اعمى الله قلوبهم كما اعمى ابصارهم يفتون بالمتعة يعرض برجل فناداه فقال انك لجلف جاف فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد امام المتقين يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابن الزبير فجرب نفسك والله ان فعلتها لارجمنك باحجارك الحديث ورواه النسائي ايضا ولا تردد في ان ابن عباس هو الرجل المعرض وكان رضي الله عنه قد كف بصره فلذا قال ابن الزبير رضي الله عنه كما اعمى ابصارهم وهذا انما كان في حال خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي رضي الله عنه فقد ثبت انه مستمر القول على جوازها لم يرجع الى قول علي رضي الله عنه فالاولى ان يحكم بانه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه وقد ظهر ان لا متمسك له وكان الاولى ان يجيب المص وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات لانها عصبة في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت لهما الا ان اقارب الاب مقدمون **فرع** واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات الى هنا قال انما كانت المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج

وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

المرأة بقدر ما يرى انه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئه حتى اذا نزلت الآية الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام انتهى فهذا يحمل على انه اطلع على ان الامر انما كان على هذا الوجه فرجع اليه وحكاه وقد حكى عنه انه انما اباحها حالة الاضطرار والعنت في الاسفار واسند الحازمي من طريق الخطابي الى المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال وما قالوا قلت قالوا قد قلت للشيخ لما طال مجلسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس هل لك في رخصة الاطراف آنسة تكون مثواك حتى يصدر الناس فقال سبحان الله ما بهذا افتيت وما هي الا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل الا للمضطر انتهى ولهذا قال الحازمي انه صلى الله عليه وسلم لم يكن اباحها لهم وهم في بيوتهم واوطانهم وانما اباحها لهم في اوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنيه في حجة الوداع وكان تحريم تابيد لا خلاف فيه بين الائمة وعلماء الامصار الا طائفة من الشيعة **قوله** وقال زفر رحمه الله هو جائز يعني النكاح الموقت وهو ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح فصار كما اذا تزوجها على ان يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط اما لو تزوج وفي نيته ان يطلقها بعد مدة نواها فلا باس بتزوج النهاريات وهو ان يتزوجها على ان يكون عندها نهارا دون الليل **قوله** ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولذا لو قال جعلتك وكيلا بعد موتي انعقد وصية او جعلتك وصيا في حياتي انعقد وكالة ولو اعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا او لرب المال كان بضاعة ولا يخفى ان على ما حققناه يكون الموقت من نفس النكاح المتعة فلا يحتاج الى عين ابداء الناسخ في دفع قول زفر هذا ومقتضى النظر ان يترجح قوله لان غاية الامر ان يكون الموقت متعة وهو منسوخ لكن المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى وانا لا اقول به كذلك وانما اقول ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت هو اثر النسخ واقرب نظير الى هذا نكاح الشغار وهو ان يزوج الرجلان كل موليته الآخر على ان يكون بضع كل موليته مهر موليته الآخر صح النهي عنه وقلنا اذا عقد كذلك صح موجبا لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لانا لم نعلق كذلك موجبا للبضعين مهرين بل على الشغار الشرط المذكور فلم يلزمنا النهي فيقول زفر مثل هذا سواء واما قياسه على ما لو تزوجها على ان يطلقها بعد شهر فيمكنه ترك ان صح عنه الى اصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد اذا كان غير صحيح من حيث انه انما عقد مؤبدا ولذا اذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر الى ان يطلقها فان قلت فلو عقد بلفظ المتعة واراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد ولا واذا لم ينعقد هل يكون من افراد المتعة فالجواب لا ينعقد به النكاح وان قصد به النكاح وحضره الشهود وليس من نكاح المتعة لانه لم يذكر فيه توقيت بل التابيد وانما كان كذلك لانه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من انه لا يفيد ملك المتعة كالاحلال قال فان من احل لغيره طعاما اذن له ان يتمتع به لا يملكه والتمليك على ملك البيع فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك انتهى يعني انتفى طريق المجاز الذي بيناه في اول كتاب النكاح والله سبحانه اعلم **قوله** ولا فرق بين ما اذا طالت المدة او قصرت نفي لرواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا سمياه مدة لا يعيشان اليها صح لتابيده معنى قلنا ليس هذا تابيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت وقوله لان المعين لجهة المتعة يؤيد ما قلناه هذا واذا انساق الكلام الى ان الشرط الفاسد وهو اشتراطه ما ليس بمقتضى العقد لا يبطل النكاح بل تبطل هو فناسب ان يقرن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح فاذا تزوج على انه بالخيار فهي صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على ان شرط الخيار كالهزل لان الهازل قاصد للسبب غير راض بحكمه ابدا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص فلما لم يمنع الهزل ثبوت حكم الحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقد اسلفنا تخريجه فشرط الخيار اولى ان لا يمنعه

ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة وإحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الأخرى لأن المبطل في إحداهما بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسألة الأصل

وإذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدوره العقد كان اشتراط الخيار شرطاً فاسداً فيبطل وأما خيار الرؤية فحقيقته لا يتوقف على اشتراطه في موضع يثبت كالبيع بل إذا اشترى ما لم يره يثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية إجماعاً فلا يتصور ثبوته فيه ولو فرض اشتراط خيار الفسخ إذا رآها كان شرطاً فاسداً فيبطل وأما خيار العيب فلا يثبت لأحدهما في الآخر إذا وجده معيباً ببرص أو رتق أو قرن أو عفل أو جنون أو مرض فالج أو غيره إياً كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما يأتي في بابه خلافاً للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ولمحمد في الثلاثة الأخيرة إذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ لنا ما عنه صلى الله عليه وسلم أنه لما تزوجها فوجد بكشحها بياضاً الحقي بأهلك وهذا من كنايات الطلاق بل لا يبعد عده من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء فعرف أنه لا فسخ عن عيب ويحقق أيضاً قول ابن مسعود رضي الله عنه لا ترد المرأة عن عيب وعن علي رضي الله عنه قال إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له إن شاء طلق وإن شاء أمسك والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن عمر أنه أثبت الخيار وحمله على خيار الطلاق بعيد فإن ذلك ثابت لا يحتاج إلى نقل إثبات عمر إياه وقول محمد أرجح فيما يظهر فإن ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل إنما هو في تخلص الرجل فأما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة إلى التخلص ومأمورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الأسد والكلام في المسألة طويل الذيل في المبسوط وغيره ويحتمل إطلاق اللسان بعدد ما وليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة وكذا لو شرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب أو من العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار في الفسخ ومن هذا وكثيراً ما يقع لو تزوجها بشرط أنها بكر فإذا هي ثيب لا خيار له بل إن شاء طلق ويثبت أحكام الطلاق قبل الدخول أو بعده قوله ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة إحداهما لا تحل له لرضاع أو قرابة محرمة صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لأن قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة قوله ثم جميع المسمى التي تحل نكاحها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما كان يكون المسمى ألفاً ومهر مثل المحرمة ألفان والمحللة ألف فيلزم ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الأصل أن لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ والألف كلها للمحللة قال في المبسوط وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الزيادات فهو قولهما أن لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الألف ولو كان صح نكاحهما انقسمت الألف على مهر مثلهما اتفاقاً قوله وهي مسألة الأصل مثل هذا اللفظ يقصد به الإحالة على ذلك الكتاب بتتميم متعلقات المسألة منه وحاصل المذكور لهما فيه أن المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما وكلما قوبل بشيئين لم يسلما فاللازم حصة السالم بيان الكبرى شرعاً ما لو اشترى عبدين بألف فإذا أحدهما حر أو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت إحداهما دون الأخرى بل ما نحن فيه أولى فإن المحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحد لو طئها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل ولا نمنع كلية الكبرى بل المضموم إلى المحللة إما محل أو لا ففي الأول ينقسم وفي الثاني لا كما لو ضم جداراً أو حماراً فإن الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك فإن حكم النكاح الحل والمحرمة ليست محله فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية وسقوط الحد عنده في وطء المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد وسنبين وجه إن شاء الله في كتاب الحدود ولا من حكم الانعقاد والانقسام من حكم الانعقاد والانقسام في المخاطبين لاستواء الإيجاب للمحلية فإنها لو أجابتا صح نكاحهما

ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وأن تدعه يجامعها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه أن يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح نفذ قطعاً للمنازعة بخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب تزاحماً فلا إمكان والله أعلم

سقط وانقسم عليهما وهذا وقد ادعى أن ما في الزيادات من أنه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا يتجاوز حصتها من الألف قول أبي حنيفة رحمه الله فاستشكل بأنه فرع دخولها في العقد ودفع بأنه قولهما لا قوله في الأصح وقوله يجب مهر مثلها بالغاً ما بلغ وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة للجهة التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد فأما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد فالتي لا تحل هي المنتفية به فالكل لها وقد يورد أيضاً على قوله إن لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ أن عدم الدخول في العقد يقتضي أجنبيتها عنه فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد ويجاب بأن وجوبه باعتبار الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد ويورد على قولهما أيضاً كيف وجب لها حصتها من الألف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد لا يجتمع الحد والمهر ولا مخلص إلا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد قوله (ومن ادعت عليه امرأة) لقب المسئلة أن القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهراً وباطناً إذا كان مما يمكن القاضي إنشاء العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة أو هي ادعت النكاح أو الطلاق الثلاث كذباً وبرهنا وقضى بالنكاح والطلاق نفذ ظاهراً فيطالب المرأة في الحكم بالقسم والوطء والنفقة وباطناً فيحل له وطؤها وإن علم حقيقة الحال لها تمكينه وقولنا إذا كان مما يمكن القاضي إنشاؤه يخرج ما إذا كانت معتدة الغير أو مطلقة ثلاثاً فادعى أنه تزوجها بعد زوج ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على إنشاء العقد فيها أما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بها باطناً روايتان إذا ادعيا كذباً وجه المانعة أن القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف الأول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطناً فلا يسعه أن يطأها إذا ادعى كذباً وإذا كان مدعى عليه يطلقها وهو قول الشافعي رحمه الله وكما لا تحل للثاني لا تحل للأول فيما إذا ادعت الطلاق الثلاث كذباً فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند أبي حنيفة رحمه الله تحل للثاني لا للأول لأن القاضي يملك التطليق على الغير أحياناً بخلاف المعتدة وأختها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بأن ادعى أحد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذباً وبرهن وقضى القاضي بفسخ البيع وحل للبائع وطؤها لو كانت أمة وكذا لو ادعى بيع الأمة منه ولم يكن باعها فيقضي بها للمدعي اشتراها حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر وأيضاً القضاء إما إمضاء لعقد سابق أو إنشاء لا يصح الأول لعدم سابق ولا الثاني لأنه لا إيجاب وقبول ولا شهود ولأبي حنيفة أن القاضي مأمور بالقضاء بالحجة في وسعه والذي في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد أن القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطناً إذ القدر الذي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطناً إذا كان مخالفاً للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح ينفذ قطعاً واختيار شق ترديدهما وهو أنه إنشاء والمعنى أنه تثبت إنشاء اقتضاء للعقد تقدمه عليه وأفاد بذلك جوابهما عما أبطلا به هذا الشق من عدم الإيجاب والقبول والشهود فإن ثبوته على هذا الوجه يكون ضمناً ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها إذا كانت قصديات على أن كثيراً من المشايخ شرطوا حضور الشهود والقضاء للنفاذ باطناً ولم يشترطه بعضهم وهو أوجه ولو أنهما أبطلا هذا الشق بعدم التراضي من الجانبين لم يفد مع ذلك ولما كان المقتضى ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء إلى تقديم الإنشاء إلا إذا افتقرت صحته إلى نفاذه باطناً وليس مفتقراً إليه لثبوتها مع انتفائه في الأملاك المرسلة حيث يصح ظاهراً لا باطناً أفاد قوله قطعاً للمنازعة يعني أن المقصود من القضاء قطع المنازعة ولا ينقطع فيما نحن فيه إلا بتنفيذه باطناً إذ لو بقيت المرأة تكررت المنازعة في طلبها الوطء أو طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الإنشاء فكأن القاضي قال زوجتكها وقضيت بذلك كقول هو حر في جواب أعتق عبدك عني بألف حيث يتضمن البيع وذكر الشيخ أكمل الدين

باب في الأولياء والأكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينعقد إلا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا

ان بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر فقال يمكن قطع المنازعة بأن يطلقها فقال له أجبته ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع أو غيره لا معتبر به وغير المشروع يستلزم المطلوب إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح قال شيخنا سراج الدين ليس بجواب صحيح إذ له أن يريد بالطلاق غير المشروع وكونه لا عبرة به في نفس الأمر طلاقا صحيحا لا يضره إذ قد ثبت بذلك أن قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ بالمنافي ليجب التنفيذ بالمنافي بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو أن يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ بالمنافي لأنه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر أنه لم ينحصر فالحق أن قطع المنازعة يتعين سببا للتنفيذ بالمنافي فيما إذا كان هو المدعي لأنها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق إلا فيما إذا كانت هي المدعية لما ذكر ففيه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ بالمنافي في العقود والفسوخ والذي روي عن محمد عن علي رضي الله عنه أن رجلا أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدي علي رضي الله عنه فقضى على ذلك فقالت المرأة إن لم يكن لي منه بد يا أمير المؤمنين فزوجني إياه فقال شاهداك زوجاك يفيد أنه إذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ بالمنافي فإنه لم ينعقد بالمنافي لإجابها لما طلبت الحقيقة التي عندها والأوجه أن يراد بالمنازعة في قولنا قطعا للمنازعة الحاج المؤدي إلى الضرر أعم من كونه عند القاضي أو لا فتناول ما إذا ألح الأول في طلبها بالمنافي بأن يأتيها يقصد جماعها كرها أو باسترضائها وذلك لعلمه بحقيقة الحال أو الحل الباطل وفي هذا بعد كونه منشأ شديدة التعلق بالشك لكونه عرضت له باطلاع الزوج فيجب عليه منع اجتماع زوجين على امرأة أحدهما سرا والآخر جهرا وكل من الأمرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تقطع المنازعة على الوجه الذي ذكرناه من لا حقيقة إلا بالحكم بها بالمنافي وثبوت الحرمة في نفس الأمر فينفسخ القاضي فيعم الضرر ثم على المبتدي بالدعوى الباطلة وإثباتها بالطريق الباطل إثم يا إسلام ثم غير أن الوطء بعد ذلك يحل وقول أبي حنيفة أوجه وقد استدل على أصل المسئلة بدلالة الإجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضي به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وإن كان فيه إتلاف ماله فإنه ابتلي بأمرين فعليه أن يختار أهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه قوله بخلاف الأملاك المرسلة أي المطلقة عن تعيين سبب الملك بأن ادعى الملك في هذا الشيء ولم يعين سببا فإن القضاء به قضاء باليد ليس غير لتزاحم الأسباب أي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون البعض إذ لم تترجح بخصوصه بخلاف ما عين السبب فيه فقد قامت الشهادة على تعيينه [illegible]

باب الأولياء والأكفاء لما ذكر الشرط المتفق عليهما الشرط المختلف فيه وهو عقد الولي والولي العاقل البالغ الوارث فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة والولاية في النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا وولاية إجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة وتثبت الولاية بأسباب أربعة بالقرابة والملك والولاء والإمامة وفتح الباب بالولاية العاقلة المندوبة تعقيبا للوجه بها لانحصار الاشتهار الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الأصحاب فيه واختلافها وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات روايتان عن أبي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا إلا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب ورواية الحسن عنه إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح واختيرت للفتوى لما ذكر من أن كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له وينبغي تقييد عدم الصحة المفتى به بما إذا كان لها أولياء أحياء لأن عدم الصحة إنما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فإنه قد يتقرر لما ذكرنا أما ما يرجع إلى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سيأتي إن شاء الله تعالى في فصل الكفاءة وعن أبي يوسف ثلاث روايات لا يجوز مطلقا إذا كان لها ولي ثم رجع إلى الجواز من الكفء لا من غيره ثم رجع إلى الجواز مطلقا من الكفء وغيره وروايتان عن محمد انعقاده موقوفا على إجازة الولي إن أجازه نفذ وإلا بطل إلا إذا كان كفؤا وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت إليه ورواية رجوعه إلى ظاهر

لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار

ثم رواية فتحصل ان الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفو وغيره هذا على الوجه الذي ذكرناه عن ابي يوسف من ترتيب الروايات عنده ما ذكره السرخسي رحمه الله واما على ما ذكر الطحاوي رحمه الله من ان قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولي وكذا الكرخي رحمه الله في مختصره حيث قال وقال ابو يوسف لا يجوز الا بولي وهو قوله الاخير فلا ورجح بعضهم قول الشيخين لانها اقدم واعرف بمذهب اصحابنا لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي رحمه الله والتعويل عليه حيث قال عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف الى آخره وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلاثا نفسها بغير كفو ودخل بها لا تحل للاول قالوا ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة فان المحلل في الغالب يكون غير كفو واما لو باشر الولي عقد المحلل فانها تحل للاول اذا اجاز من غير الكفو على ظاهر المذهب فعلى ان يفرق بينهما على ما ذكر في فصل الكفاءة ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد بعبارة النساء اصلا اصيلة كانت او وكيلة قوله لان النكاح شروع في الاستدلال لقول الشافعي ومالك رحمه الله وهو ان النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض اليهن مخل بهذه المقاصد لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب حالهن فصارت الانوثة مظنة قصور الراي لما غلب على طبعهن مما ذكرنا فاستلزم هذا التقرير علة ثبوت الولاية في النكاح الانوثة ولا يخفى انه قاصر عن عموم الدعوى فانها لو عقدت باذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم والوجه المذكور لا يشمله ونحن نمنع علية الانوثة ونهيها عن المباشرة لئلا تنسب الى الوقاحة بل العلة الصغر على ما بيناه والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ولا يناط الحكم بالانوثة اذ ليست ملزومة لها ولا غالبا كما هو شان المظنة ومجرد الوقوع احيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولي رفعه وكون ولي يحتشم من ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل فانتفت المظنة وبقي انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها اختيار الازواج فلا تزوج ممن لا ترضاه ثم استشعر ان يورد عليه منع انه خالص حقها والا لم يطالب الولي بتزويجها اذا طالبته فقال انما يطالب كيلا تنسب الى الوقاحة وهذا الكلام كله غير مفيد للاوساوي وهو منتف فان لهم ادلة اخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهي للاولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه وانما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع وهو الانكاح وما في السنن عن عائشة رضي الله عنها قال صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل حسنه الترمذي وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه واحاديث اخر في ذلك والجواب اما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهن من مباشرة النكاح هذا هو حقيقته لا تمنعوهن ان ينكحن اذا اريد بالنكاح العقد هذا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم في اول الآية واذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن اي لا تمنعوهن حبسا بعد انقضاء العدة ان يتزوجن ويوافقها قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لانه حقيقة اسناد الفعل الى الفاعل واما الحديث المذكور وما بيناه من الاحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا في كتاب الامثال لابي عبيد في امثال اكثم بن صيفي كل ذات بعل ستئيم يضرب ليحول الزمن بابله وانشد قول الاول افاطم اني هالك فتبيني ولا تجزعي كل النساء تئيم ووجه الاستدلال انه اثبت لكل منها ومن الولي حقا في ضمن قوله احق ومعلوم انه ليس للولي سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها احق منه به وبعد هذا اما ان يجري بين هذا وما رووا حكم المعارضة والترجيح او طريقة الجمع فعلى الاول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته بخلاف الحديثين فانهما اما ضعيفان

الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا ينسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو
لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما

لحديث لا نكاح الا بولي مضطرب في اسناده في وصله وانقطاعه وارساله قال الترمذي هذا حديث فيه اختلاف وسمى جماعة منهم اسرائيل وشريك
رووه عن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى الاشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه اسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن ابي اسحق عن
ابي بردة عن ابي موسى ورواه ابو عبيدة الحداد عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة ولم يذكر فيه عن ابي اسحق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه وقد روى
شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا اضطراب في ارساله لان ابا بردة لم يره صلى الله عليه
وسلم وشعبة وسفيان اضبط من كل من تقدم قال واسنده بعض اصحاب سفيان عن شعبة ولا يصح ثم استدل شعبة قال سمعت سفيان الثوري يسال
ابا اسحق سمعت ابا بردة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي قال نعم ولا يخفى ان هذا الكلام الزامي اما على راينا فلا يضر
الارسال وحديث عائشة رضـ عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة وقد انكره الزهري قال الطحاوي وذكر ابن جريج انه سال
عنه ابن شهاب فلم يعرفه حدثنا بذلك ابن ابي عمران ثنا يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج بذلك ثم انا ان سلمنا فبنا على ان الاصح في الاول وصله لان الوصل
والرفع مقدمان على الوقف والارسال عند التعارض على الاصح وان كان شعبة وسفيان احفظ من غيرهما لكن حكاية شعبة تفيد انهما سمعاه من ابي اسحق في مجلس
واحد ظاهرا وغيرهما سمعوه منه في مجالس وفي الثاني ان الثقة قد ينسى الحديث ولا يقدح في صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته ولذلك نظاير
اشهرها ما روي ان ربيعة ذكر لسهيل بن ابي صالح حديثا فانكره فقال له ربيعة انت حدثتني به عن ابيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة
عني اللهم الا ان يقال هذا في عدم التكذيب اما اذا كذبه بان يقول ما رويت ذلك فنصوا في الاصول على رده في حكاية ابن جريج ايماء الى ذلك
في رواية ابن عدي في الكامل اياها في ترجمة سليمن بن موسى حيث قال قال ابن جريج فلقيت الزهري فسالته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له
ان سليمن بن موسى حدثنا به عنك قال فاثنى على سليمن خيرا وقال اخشى ان يكون وهم علي انتهى فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من اهل العلم
يفيد معنى نفيه بلفظ النفي واما ما ضعفه به من ان عائشة رضي الله عنها راوية عملت بخلافه على ما في الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم
عن ابيه عن عائشة انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي تفتات عليه في بناته
فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال ان ذلك بيد عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما كنت لارد امرا قضيته فاستقرت حفصة عند المنذر ولم يكن
ذلك طلاقا فاول على معنى انها اذنت في التزويج ومهدت اسبابه فلما وقع الا العقد اشارت الى من يلي امرها عند غيبة ابيها ان يعقد
يدل على ذلك ما روي عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه قال كانت عائشة رضـ تخطب اليها المراة من اهلها فتشهد فاذا بقيت عقدة النكاح
قالت لبعض اهلها زوج فان المراة لا تلي عقد النكاح وفي لفظ فان النساء لا ينكحن اسنده البيهقي عنه وعلى كلا التقديرين فالتقدمة للصحيح وهو
ما رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا وهو ما استدللنا به وعلى الشافعي وهو اعمال طريقة الجمع فبان يحمل عمومه على
الخصوص وذلك شائع وهذا يخص حديث ابي موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنة وهو محمل قولها فان النساء لا تلي ولا يمكن في رواية
البيهقي بان يراد بالولي من يتوقف على اذنه اي لا نكاح الا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والامة والعبد ايضا لان النكاح في الحديث
عام غير مقيد وعلى هذا التاويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة وكذا
حديث عائشة بمن نكحت غير الكفو والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفو وحكمه على قول من يصححه ويثبت للولي حق الخصومة

ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح

في فسخه كل ذلك شائع في اطلاق النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة مبنيا على انه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا نكحت نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه اعلم فثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو انها تصرفت في خالص حقها وهو نفسها وهي من اهله لكمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الاولى قوله ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح معنى الاجبار ان يباشر العقد فينفذ عليها شاءت او ابت ومبنى الخلاف ان علة ثبوت ولاية الاجبار اهو الصغر او البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعي البكارة فانبنى عليه ما اذا زوج الاب الصغيرة فدخل بها ثم طلقت قبل البلوغ لم يجز للاب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله انه الحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية اجبارها في النكاح بجامع الجهل بامر النكاح وعاقبته ونحن نمنع ان الجهل بامر النكاح هو العلة في الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء من جهلها لعدم الممارسة مع ان الجهل منتف لانه مما تجهل بالنسبة متى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن ان يقال لكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة ان وجبت على المختار بل تعليق الحكم في الاصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن اهلية ان يرجع اليه في رأي او ان يلتفت اليه في امر كيف وهذا الذي ظهر اثره في التصرفات من البيع والشراء والاجارة والاقتصار وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا على ان الخلاف في الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة وظاهر كلام الغير يقتضي ذلك ان ذلك لم يتحقق في الشرع بعد ثم لا يخفى ان الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا يعتبر اصلا بل المظنة والكلام فيها هي البكارة او الصغر فعلمنا الصغر اما البكارة فمعلوم الالغاء ولما من الصريح والدلالة ونوع من الاقتصار ومقصود الشرع اما الصريح ففي سنن ابي داود والنسائي وابن ماجه ومسند الامام احمد من حديث ابن عباس رضي الله عنه ان جارية بكرا اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وهذا حديث صحيح فانه عن حسين ثنا جرير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه وحسين هو ابن محمد المروزي احد المخرج لهم في الصحيحين وقول البيهقي انه مرسل لرواية ابي داود ونقل ابن ابي حاتم عن ابيه تخطئة الوصل لرواية حماد بن زيد وابن علية عن ايوب عن عكرمة من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن ايوب عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبة الوهم في الوصل الى حسين لانه لم يروه عن جرير غيره مردود اما اولا فالحجة المرسل الصحيح واما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمن بن حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال فبرئت عهدته يعني حسينا وزالت تبعته ثم اسنده عنه قال ورواه ايوب عن سويد هكذا عن الثوري عن ايوب موصولا وكذا رواه معمر بن سليمن عن زيد بن حبان عن ايوب فزال الريب وصار الحاصل ان عكرمة قال مرة ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وسلم فارسل وذكر مرة ومرة ابن عباس واسطة بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم ولا يضر في ذلك قال ابن القطان حديث ابن عباس هذا صحيح وليست هذه خنساء بنت خذام التي زوجها ابوها وهي ثيب فكرهته فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه فان هذه بكر وتلك ثيب اتفق على انه روي ان خنساء ايضا كانت بكرا اخرج النسائي في سننه حديثها وفيه انها كانت بكرا ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت انكحني ابي وانا كارهة وانا بكر فشكوت ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم الحديث لكن رواية البخاري تترجح قال ابن القطان والدليل على انهما قضيتان ما اخرجه الدارقطني عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر انكحهما ابوهما وهما كارهتان قال ابن القطان وتزوجت خنساء بن بعده وهو ابو لبابة بن عبد المنذر صرح به في سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن ابي لبابة انتهى وهذا الحديث وان كان فيه اسحق بن ابراهيم بن جوهير الطبري وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الذماري فقد رواه عنه ايضا ابو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعاني

لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية الاجبار والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال

ورواه الدارقطني الدارمي نفسه عن الثوري وصوب رسالة عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا وعلى كل حال تيم به المقصود والذي سقناه له وأخرج الدارقطني عن شعيب بن اسحق عن الاوزاعي عن عطاء عن جابر ان رجلا زوج ابنته وهي بكر من غير امرها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وهذا عن جابر ووهم شعيبا في رفعه قال والصحيح انه مرسل وبه يتم مقصودنا اما انه حجة واما لانا ذكرناه للاستشهاد والتقوية لاحاديث آخر رويت عن ابن عمر وعائشة وان تكلم فيها واما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم الثيب احق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها ابوها في نفسها باعتبار انه خص الثيب بانها احق فافاد ان البكر ليست احق بنفسها منه فاستفاده ذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذي ذكرناه من كونه ولو سلم فنفس نظم الباقي الحديث يخالف المفهوم وهو قوله والبكر يستأمرها الى آخره اذ وجوب الاستيمار على ما يفيده لفظ الخبر مناف للاجبار لانه طلب الامر والاذن وفائدته الظاهرة ليست الا ليستعلم رضاها او عدمه فيعمل على وفقه هذا هو الظاهر من طلب الاستيذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم ولو عارضه والى مثل هذا من لفظ اثبات الاحقية للثيب بنفسها مطلقا ثم اثبت مثله للبكر حيث اثبت لها حق ان تستأمر وغاية الامر انه نص على احقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كانه قال الثيب احق بنفسها والبكر احق بنفسها ايضا غير انه افاد احقية البكر باخراجه في ضمن اثبات حق الاستيمار لها وسببه ان البكر لا تخطب الى نفسها عادة بل الى وليها بخلاف الثيب فلما كان الحال انها احق بنفسها وخطبتها تقع للولي صرح بايجاب استيمارها فلا يفتات عليها بتزويجها قبل ان يظهر رضاها بان يخطب ويعضد هذا المعنى الرواية الاخرى الثابتة في صحيح مسلم وابي داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صماتها والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا على ما ذكرناه قريبا فانها صريحة في اثبات الاحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستيذان وذلك لما قلنا من السبب وبه تتفق الروايتان بخلاف ما مشوا عليه فانه اثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الايم لاعمال المفهوم مع ان باقي نفس رواية الثيب ظاهر في خلاف المفهوم على ما قررناه وقد صح الرد الذي صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر فلا يجوز العدول عما ذهبنا اليه في تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر بطريق الحمل والتخصيص ولا يدفعه قاعدة لغوية ولا اصلية وفي سنن النسائي عن عائشة رض ان فتاة دخلت عليها فقالت ان ابي زوجني ابن اخيه ليرفع بي خسيسته وانا كارهة قالت اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فارسل الى ابيها فدعاه فجعل الامر اليها فقالت يا رسول الله قد اجزت ما صنع ابي وانما اردت ان اعلم النساء ان ليس الى الآباء من الامر شيء وهذا يفيد بعمومه ان ليس لها المباشرة حقا ثابتا بل الاستحباب فيه دليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك ايضا وهو حديث حجة وما قيل هو مرسل ابن ابي بريدة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فان سند النسائي ثنا زياد بن ايوب عن علي بن غراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ورواه ابن ماجة ثنا هناد بن السري ثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن ابيه قال جاءت فتاة وحمله على ان ذلك لعدم الكفاءة خلاف الاصل مع ان العرب انما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها واما الدلالة فلولاية له ان يتصرف في اقل شيء من مال البكر البالغة الا باذنها وكل المال دون النفس فكيف يملك ان يجرها فيسلمها الى من هو ابغض الخلق اليها ويملكه قهرا ومعلوم ان في هذا من جميع ما لها اهون عليها من ذلك وهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع وما الا اقتضاء لجميع ما في السنة من الصحاح والحسان المصرحة باستيذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا اذنها كما في حديث ابي هريرة رض لا تنكح البكر حتى تستأذن الحديث وسياقه يستقل لافادة الا اصل على وفقه لاستحالة ان يكون الغرض من تعيينها انها تخالف فلو كان الاجبار ثابتا لزم ذلك ودعوى الامر بالاستيذان عري الفائدة بل لزمت الاحالة ولما لم يكن الا اقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم انه نوع منه فظهر ظهورا لا مرد له ان ايجاب استيذانها صريح في نفي اجبارها والولاية

واما ملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لايملك مع نهيها قال فاذا استاذنها الولي فسكتت اوضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستامر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لاعن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لايكون رضا واذا بكت بلاصوت لم يكن ردًا

عليها في ذلك وما تحقيق مقصود شرعية العقد فان المقصود من شرعية انتظام المصالح بين الزوجين لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب ان لايجوز لانه عقد لايترتب عليه غايته ظاهرا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يظهر بعد العقد والله سبحانه اعلم قوله وانما يملك الاب قبض الصداق لان العادة جرت بقبض الاباء اصدقة الابكار ليجهزوهن لما مع اموال انفسهم من غير مطالبة البنات في ذلك لان الاباء يتولون ذلك استحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الاذن ثابتا دلالة لظهور الحال بما ذكرنا فصح لكنه يبرأ الزوج بالدفع اليه الا ان يوجد نهيها صريحا لان الدلالة لاتعتبر مع الصريح بخلاف ما تعلقا من فروع قبض الاب بصداقها انه لايملك الا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا لايملك قبض السود ولا العكس لانه استبدال ولايملكه قال الحلواني مع هذا عند علمائنا وعن علماء بلخ انهم جوزوا وهو ارفق بالناس وفي الفتاوى الصغرى وان قبض الضياع يعني بدل المسمى لايجوز الا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رساتيقنا يأخذون بعض المهر ضياعا هذا اذا كانت كبيرة بكرا فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لانه بيع والاب يملك بيع مال ابنته الصغيرة وفي النوازل وان كان في بلد يتعارفون قبض الضياع باضعاف قيمتها جاز لان قبض المهر بحكم العرف وليس تمرا في الحقيقة وللاب ان يطالب بالمهر وان كانت الزوجة صغيرة لايستمتع بها بخلاف النفقة لانها جزاء الاحتباس ووجوب المهر بحكم نفس العقد والجد عند عدم الاب كالاب لايملك غيرهما قبض المهر فلا الام الا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة حتى لو قبضت الام بلاوصاية ثم كبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الام كذا ذكر وفي جوامع الفقه زاد وللقاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت او كبيرة الا اذا نهت ولو طلب الاب مهرها من البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها يعني فلاتملك قبضه لانها خرجت بحكم الابكار وقال الاب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الاب لان الزوج يدعي حادثا بلابينة فان قال الزوج حلفه انه لم يعلم اني دخلت بها قال البعض يستحلف وهو صواب لان الاب لو اقر بذلك صح اقراره في حق نفسه حتى لم يكن له ان يطالب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكانت تحليف مفيدا ومافي ادب القاضي انه لايحلف ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للاب والابنة تجحد ان الاب اقر بقبضه ان كانت البنت بكرا وقت الاقرار صدق او ثيبا فلا لان اقراره حالة البكارة في حال ولاية قبضه بخلاف حال الثيوبة والاشكال عدم تصديقه حال الثيوبة هذا اذا كانت كبيرة فلو كانت صغيرة صدق ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعت الى ابيك وانت صغيرة وصدقه الاب لايصح اقراره عليها اليوم ولها ان تاخذ المهر من الزوج وليس للزوج ان يرجع على الاب لانه اقر باستحقاقه القبض الا ان قال عند قبض المهر اخذته منك على ان ابرئك من صداق ابنتي فح له ان يرجع عليه اذا انكرت قوله فاذا استاذنها فسكتت الخ ظاهر حكما ودليلا والمراد بالسكوت الاختياري فلو اخذها سعال او عطاس او اخذ فمها فخلصت فردت ارتدو لا فرق بين العلم والجهل في التجنيس زوج الجنر وجها ابوها فسكتت وهي لاتعلم ان السكوت رضا جاز ولو تبسمت يكون اذنا في الصحيح وما حكاه بقوله وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لايكون رضا وضحك الاستهزاء لايخفى عن غيره واذا بكت بلاصوت لايكون ردا اختير للفتوى وعن ابي يوسف في البكاء انه رضى لانه لشدة الحياء وعن محمد رد لانه وضع لاظهار الكراهة والمعول اعتبار قرائن الاحوال في البكاء والضحك فان تعارضت او اشكل احتيط وعن هذا اعتبر بعضهم ان دموعها ان كانت حارة فهو رد او باردة فهو رضا لكنه اعتبار قليل الجدوى وعديمه فالاحساس بكيفية الدمع لايتهيأ الا لمن الباكي ولو ذهب انسان بحسه لايدرك حقيقة المقصود وليس بستاو ولايطلب ان يكلف الباكي انه لذا وذكر شيخ الاسلام وغيره مسائل اعتبر السكوت فيها رضى منها هذه وضممت اليها ماتيسر وقد جمعتها في هذه الابيات تسهيلا لحفظها ❁ سكوت بكر في النكاح وفي ❁ قبض الامين صداقها اذن ❁ قبض المالك المبيع ولو ❁ في فاسد واذا اشترى لمعتق ❁ وكذا الصبي وذو الشراء اذا كان المتبرك لسنوا المولى الاسير ببيع وهو يرى ❁ واو الوليد له ❁ نفي الرسل ❁

قال وان فعل هذا غير الولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه

وعقيب شق الزق او نحوه يعني به الاسكان اذ ثقلوا × وعقيب قول مواضع يعني × او وضع مال زال برنواه × وبلوغ جارية وزوجها × خيار الابن بذلك قد سوه وكذا الشفيع × والمالك في النسب بشارة من بعض × واذا القول لغيره فسكت × هذا اساعي بعده يا سمن × واذا راى ملكا يباع علاه × وتصرفوا لمساكنهم دين × قوله سكوت بكر يشمل ما قبل النكاح وبعده اعني اذا زوجها فبلغها فسكتت قوله قبض الملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به اذا قبضه بمرأى من المالك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك وكذا المبيع ولو في بيع فاسد اذا قبضه المشتري بمرأى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع اياه الى استيفاء الثمن فليس له ان يسترده وهل يطالب بالثمن وفي كتاب الاكراه لا يكون اذنا صحيحا في الفاسد واذا اشترى قن يعني اذا اشترى العبد شيئا بحضرة سيده فسكت كان اذنا قوله لحلوى لكن نفس ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل ما بعده والصبي اذا اشترى او باع بمرأى من وليه فسكت كالعبد وذو الشرط اي المشتري عبدا اذا كان له الخيار فرأى العبد يبيع ويشتري فسكت سقط خياره لان الاذن فرع نفاذ البيع وقوله الاسير العبد الذي اسر اذا ظهر على دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه احق به بالقيمة فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له ان يأخذه وابو الوليد اذا سكت عن التهنئة حتى مضت ايام التهنئة على الخلاف في مقدارها هل الاسبوع او مدة النفاس لزمه فلا ينتفي بعد والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب حلف على ان لا اسكن فلانا وفلان ساكن فسكت فان قال اخرج فابى لم يحنث وعقيب قول مواضع اي رجل واضع غيره على ان يظهرا بيع تلجئة ثم قال بدا لي ان اجعله بيعا نافذا فسمع من الآخر فسكت كان نافذا وعقيب رجل وضع متاعه بحضرته وهو ينظر اليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظه او يضمن بتركه والشفيع اذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليما وذو الجهالة بمجهول النسب اذا بيع فسكت فهو اقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية الا ببينة او العلي في اعتبار سكوته رضا وقيل له قم مع سيدك فقام واذا يقول رجل بيع متاعي فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة لا يبيع وليس من فروع هذه المسائل المراتب لو استأمر بنت عمه لنفسه وهي بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها واذا رأى غيره يتلف ماله منقولا او عقارا او يبيع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زمانا سقط دعواه اياه ذكره في قنية الفتاوى وغيرها بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فانه لا يكون رضا واعتبارها بان لا حق له فيه عندنا خلافا لابن ابي ليلى والتي زوجها مسكتة للوديعة والاشتراط بعدم الحصر وهذه المشهورة لا الحصر

قوله وان فعل هذا اي الاستئذان غير ولي بان كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كالاخ مع الاب لم يكن سكوتها ولا ضحكها رضا حتى تتكلم به وهذا يشمل رسول الولي فانه جعله اخرا بقوله بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه فسكوتها عند استئذانه رضا وعن الكرخي يكفي سكوتها اذا كان المستأمر اجنبيا لان استئذانه حكاية عن الولي قلنا السكوت فيه لظاهر كونه لقلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الا على جهة وهي تنتفي باعتباره مع الاولياء لانهم هم المزوجون غالبا فكان اعتباره في محل الحاجة بخلاف غيرهم فلا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة وانما كان حاجة لانها لا تنطق فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها وهذا يقتضي انه مع الاولياء ايضا محتمل على السواء وينافيه قوله لان جنبة الرضا فيه راجحة فكان الاولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا وقول المص ولو وقع كان محتملا بالعبارة ولو وقع دلالة كان محتملا ان اراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان اراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا الا ان يقيد بحال كون المستأمر وليا فان قيل فيشكل على هذا الحكم المذكور اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذنها ان تسكت ونحوه من غير تقييد بكون المستأمر وليا قلنا يتقيد بالعرف والعادة وهي ان المستأذن للبكر ليس الا وليها بل لا يخطر بالبال غيره **قوله** ويعتبر في الاستئمار اي يعتبر في كون السكوت رضا في الاستئمار تسمية الزوج على وجه يقع به المعرفة لها اما باسمه

ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

كان تزوجك من فلان او فلان او في ضمن العام لا كل عام نحو من جيراني او بني عمي وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض بخلاف من بني تميم او من رجل لانه لعدم التسمية يضعف الظن ولو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح الصحة وينبغي تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا او عرفته قبل ذلك ولو زوجها بحضرتها بغير كفو فسكتت لم يكن رضا في قول محمد بن سلمة وهو قول ابي يوسف ومحمد قال الفقيه ابو الليث وهو يوافق قولهما في الصغيرة **قوله** ولا يشترط تسمية المهر اي في كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح الاول لان النكاح صحيح بدونه وصحح في شرح الوافي ان المزوج ان كان الاب او الجد لا يشترط والا يشترط لان الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة تربو عليه فان سمى لها اقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا انتهى والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشيء لان ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام في الكبيرة التي وجبت مشاورتها والاب في ذلك كالاجنبي لا يصدر عن شيء من امرها الا برضاها غير ان رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا ومقتضى النظر ان لا يصح بلا تسمية المهر لها لجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكثير خاصة فلم تعلم ثبوتها الا رضا وصحة العقد بلا تسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب ان لا يترك الا لما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه لذلك المصلحة فقد لا تختار ذلك والكلام في البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه من قول ابي حنيفة انما هو في الصغيرة اما الكبيرة فنفاذ تزويج الاب موقوف على رضاها كالوكيل غير ان سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية او تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا او لخوف الرد مع عدمه فلا يثبت الرضا به وفي غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جنبة الرضا كما اكتفى الا بالمظنون على ما ذكرناه آنفا وقد يقال سكوتها اذا لم يسم لها الولي مهرا مع علمها بانه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر لكن يدفع بان علمها بان سكوتها مع عدم التسمية كذلك هو محل النزاع فلا يلزم علمها وفي التجنيس في باب ما يكون رضا واجازة اذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ان سميها يعني فوضها ينفذ النكاح فان زوجها بمهر مسمى لا ينفذ لانه اذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به واذا سمى مهرا فتمامه به ايضا انتهى وهو فرع اشتراط التسمية في السكوت لكن ينبغي ان يكون الجواب في المسئلة الاولى مقيدا بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر **قوله** ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا من انها ان سكتت او ضحكت بلا استهزاء او بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا وقال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص حالة الاستيذان والحاجة الى الاجازة بعد العقد لا يكون ما بعده في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستيذان ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت وعن ابي يوسف ان السكوت بعد العقد رد ذكره في البدائع قال وهو قول محمد والاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده ولما كان اذنا قبله لدلالته على الرضا وجب ان يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا اثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على ان الحق انه ملزم في كل منهما غير ان في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستاذن فان قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية ابي يوسف بالنص وهو رواية الائمة الستة عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستيذان فلولا الاتفاق على انها لو صرحت بالرضا بعد العقد لقلنا جاز النكاح مع انه متناول ظاهر النهي فعلم ان الاتفاق على ان المراد بالنهي ان المنع من تنفيذ العقد عليها وابرامه قبل رضاها وانما الخلاف في ان الاجازة بعد العقد بماذا يكون فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق على ان المراد منه ما ذكرناه وعلى هذا فرعوا انه لو استاذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت

ولم نظائر، وإذا استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور، ولأن النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها، وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحيي لعدم الممارسة، ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما، أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها

حيث لا تجوز لأن العقد يبطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع هذا والأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح لا يزول عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريد ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للإخبار بأنها على عدم الرضا. **فروع** ولو زوجها وليان مستويان كل من واحد فسكتت فعن محمد رحمه الله يبطلان كما لو أجازتهما معا وهو القياس لأن سكوتها رضا وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل ونقله في البدائع عن محمد رحمه الله ففيه روايتان، ولو زوجها من رجل غائب فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها إن أقواما يخطبونك أنا راضية بما فعل فزوجها من الأول لا ينفذ عليها إلا بإجازة مستقبلة لأن تقدير كلامها إذ رغبت عني فلان لأن أقواما آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن إلى ما تم الأول وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل في كربة فلانة فطلقتها فزوجني بامرأة ترضاها فزوجه المطلقة لا يصح وكذا إذا باع عبده ثم وكل غيره ببيع عبده فاشترى له الأول لا يصح ولو زوجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الأصح وقولها غيره أحب إلي قبل العقد رد وبعده ليس برد لأنه يحتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك كذا في الواقعات وقولها ذاك إليك إذن وقولها أنت أعلم أو ليس بإذن لأنه يحتمل قولها أو يقال له بالفارسية تو بداني ولو استأذنها فقالت لا يكون إذنا لأنه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه وحقيقته تو بداني أي أنت بالصلاح أخبر والأحسن على هذا اختيار الفقيه أبي الليث بخلاف قولها ذاك إليك فإنه إذن لأنه إنما يذكر للتوكيل ولا يخفى أن مسألة غيره أحب مشكلة ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لأن ذلك إنما يتم بعد الصحة وهو بعد الإذن **قوله** وله نظائر كإخبار الوكيل بالعزل والمأذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه وإعتاقه اختيارا للفداء والشفيع ببيع المشفوع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الأحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب إن كان المخبر رسولا لا يشترط اتفاقا ولو فاسقا اتفاقا عندنا لأنه قائم مقام المرسل فإخباره كإخباره وإن فضوليا فعلى الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد وعدالة الواحد فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه إلا باثنين أو عدالة الواحد **قوله** وإذا استأذن الثيب أي الكبيرة أما الصغيرة فلا استئذان في حقها أصلا كالبكر الصغيرة فلا بد من رضاها بالقول صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولا تكون المشاورة إلا بالقول إذ هي طلب الرأي ثم هي مفاعلة فيقتضي وجوده من الجانبين وفي كل من الحكم والدليل نظر أما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول سلمنا أن المشاورة طلب الرأي لكن لا نسلم أنه يتعين في إفادة الرأي فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة وكون المشاورة تستدعي جوابا باللفظ ممنوع استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه السابق لا تنكح الأيم حتى تستأمر والأمر بالقول لا بغيره ومنع بأن في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها وأجيب بأنه خرج عن حقيقته بالقرينة قوله وإذنها صماتها ولم يوجد مثلها في الثيب فيجب حقيقته وأخرج من هذا قول في حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها لكن يشكل عليه أن الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني بل إنه لو قيل لها كيف رضيت وبارك الله لنا وأحسنت أو بالدلالة بطلب المهر والنفقة وتمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استهزاء فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضي بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين فيثبت بدلالة نص إلزام القول لأنه فوق القول **قوله** وإذا زالت بكارتها إلخ إذا زالت بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهي أن تصير عانسا أي ضعيفا لم تتزوج أو خرق لسنها أو عود أو حمل ثقيل تزوج كالأبكار اتفاقا وكذا إذا فارقها الزوج بجب أو عنة أو طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة وهذه مما يخالف حكم الخلوة والدخول وكذا إذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لأنها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لأنها لم يصبها مصيب ولهذا لو ادعى لا بكارتي فلان وخلت بهذه ومنع بالجارية تباع على أنها بكر حيث ترد إذا وجدت زائلة البكارة بوثبة ونحوها فلو كانت بكارتها

واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتِّ وقالت رددتُ فالقول قولها وقال زفر رحمه الله القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودَع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نوّر دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى ان شاء الله

والجواب ان البكر يقال على من لم يصبها مصيب ومنه الباكورة لاول الثمار والبكرة لاول النهار وعلى العذراء وهو اخص اي هي من لم يصبها مصيب من افراده قائمة العذرة فهو متواطئ وحمل على هذا الفرد في البيع المبني على المشاحة فترد لفوات العذرة وهي تلك الجلدة وعلى الاعم الاوسع في النكاح المبني على التوسعة وشدة التثبت حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الامر بخلاف البيع على انه قد قيل اذا اعترف المشتري بان زوالها بوثبة لا ترد لان العادة ارادة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فيتقيد بها وايضا لو اوصى لابكار بني فلان دخلت هذه وايضا الاستحياء قائم وانما علته مظنته فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص وفيه نظر لان الاستحياء حكمة لا يناط الحكم عليها لعدم انضباطها والموجود استحياء من زالت بكارتها بزنى اشد ممن عقد عليها تزوج كالبكر وهذا لان الحكمة وان كانت هي المقصودة من شرع الحكم لا يناط بها اذا كان فيها مراتب متفاوتة او خفاء في تحققها في بعض المحال لا يناط الا بظاهر منضبط بكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوتها من غير التفات الى الحكمة وجدت او عدمت ولو اعتبر حياء البكر لانه هو المنضبط اتحد الحاصل اذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم وان زالت بزنى مشهور او بوطء بشبهة او نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا وان زالت بزنى غير مشهور فهو محل الخلاف عندهما والشافعي تزوج كالثيب وعنده كالبكر وجه قولهما انها ثيب حقيقة فان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة جزاء عمل يعود اليه والمثابة الموضع الذي يرجع اليه سمي تدخل في الوصية للثيبات من بنات فلان وله انها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة ان يعلم زناها حياء من ظهوره وذلك اشد من حيائها بكرا من خطاب الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه وبه يندفع جواب ما اورد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الايم حتى تستأمر والثيب يعرب عنها لسانها من انه عام خص منه الثيب المجنونة والامة فتخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في المزني بها نعم البحث صحيح بعده في مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بان الايم من لا زوج لها وان كانت بكرا بالنقل قول محمد رحمه الله لو اوصى لايامى بني فلان لا تدخل الابكار وصحح دخولهن كقول الكرخي لذلك فالاولى ان الغرض ان الزنى غير مشهور ففي الزامها النطق اشاعة له فيعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة في هذه الصورة والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه وايضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضى البكر ظاهرا كما هو في اشارته لا في نفس الامر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها انها ثيب او بكر الآن ليكتفي بسكوتها ام لا بل اكتفى بالبناء على الاصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في ثبوته بزنى لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ولذا قلنا لو ظهر لا يكفي سكوتها **قوله** اذا قال الزوج بلغك النكاح صورته ادعى على بكر بالغة ان وليها زوجها منه قبل استئذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا وقال زفر رحمه الله له تمسكا بالاصل وهو عدم الكلام ونظير هذا الخلاف فيما اذا قال سيد العبد ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال العبد لم ادخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده للعبد وهذه العبارة اولى من قوله في المبسوط ان الخلاف في مسئلة النكاح بناء على الخلاف في مسئلة العبد اذ ليس احدهما بنفسه مبنى الخلاف في الآخر اولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء ووجه قوله فيهما التمسك بالاصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من ان المشتري بالخيار اذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فان القول للبائع اتفاقا للتمسك بالاصل والشفيع اذا قال علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت فالقول قول المشتري اما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له والمزوجة صغيرة من الولي غير الاب والجد اذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ او حين بلغت وكذبها الزوج فان القول له وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر سواء كان ذلك الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر او بحسب المعنى ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار واذا كان كذلك فقد

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رح يخالفنا في غير الاب والشافعي رح في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفؤ في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفؤ وجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلأن لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى

ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكره والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الاصل فكانت هي متمسكة بالاصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي رد الوديعة والمودع ينكر فان القول لمدعي الرد وان كان مدعيا صورة لتمسكه بالاصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهرا الا بكونه اصلا بخلاف مسئلة الخيار لان العقد ثبت صحيحا في الاصل وقد لزم بمضي المدة ظاهرا فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر وكذا المزوجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما نفذ عليها حال صغرها يقينا والزوج منكر ومثله الشفيع ثم ان اقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لانها لم تقم على النفي بل على حالة موجودة في مجلس خاص يحاط طرفيه او هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت ان زوجها تكلم بما هو ردة في مجلس فاقامها على عدم التكلم فيه تقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا في الجوامع وان اقاما بينتيهما اولى لاثبات الزيادة اعني الرد فانه زائد على السكوت ولو كان اقامها على انها رضيت او اجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم كذا في الشروح وعزاه في النهاية للتمرتاشي وكذا هو في غير نسخة من الفقه لكن في الملامسة نقلا عن ادب القاضي للخصاف في هذه المسئلة لو اقام الاب او الزوج البينة على الاجازة والمراة على الرد فبينتها اولى فيحصل في هذه الصورة اختلاف المشائخ ولعل وجهه ان السكوت لما كان مما تتحقق الاجازة به لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها بامر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين في الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم اجزه بعد الدخول لم تصدق على ذلك الا ان كانت مكرهة فالقول لها لظهور دليل السخط دون الرضاء ولا يقبل عليها قول وليها بالرضاء لانه يقر عليها بثبوت الملك واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزومه ايضا كذا في المبسوط ولو لم يكن للزوج بينة فطلب يمينها من غير يمين يلزم به عند ابي حنيفة رح وعندهما عليها فان نكلت بقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء وزيد عليها دعوى الامة انها سقطت مستبين الخلق فصارت ام ولد وجمعتها في هذين البيتين نكاح وفيء او رق ورجع ولا نسب ودعوى الاما امومية فليس بها يمين وجب وسياق في الدعوى صدرها والفتوى على قولهما فيها وقيل يتامل القاضي في حال المدعي فان ظهر له منه التعنت قضى بقوله والا بقولها وفي النهاية مضيفا الى فتاوى الخاص انه لو ادعى رجل على آخر انه زوجه بنته الصغيرة فانكر يحلف عند ابي حنيفة وفي الكبيرة لا اعتبارا بالاقرار فيهما واستشكل على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الاقرار الا ترى ان المراة لو اقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فانكرت فالاشبه ان يكون هذا قولهما **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجها الولي لقوله تعالى واللائي لم يحضن فاثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعا فبطل به منع ابن شبرمة وابي بكر الاصم منه وتزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست نص قريب من المتواتر وتزويج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة رض **قوله** والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة فعنده لا يلي عليها احد حتى تبلغ فتزوج باذنها وقد ذكرنا وجه قول مالك ره ان الولاية على الحرة انما ثبتت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة الا ان ولاية الاب تثبت نصا بخلاف القياس لان اثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست والجد ليس في معنى الاب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه ولذا يتقدم وصي الاب عليه فيقتصر على مورد النص قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يراد لمقاصده ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبات ولاية الاب بالنص بعلة احراز الكفو اذا ظفر به للحاجة اليه اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد

ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تتقيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام ووجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب او الجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد

قول الشافعي رح ان التفويض الى غيرهما مخل بها القصور شفقته لبعد قرابته ودلالة الاجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية وهو الاجماع على عدم ولايته في المال الا بوصية وهو ادنى من النفس فسلبها في النفس اولى ولما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستامر واليتيمة الصغيرة التي لا اب لها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وفي الحديث ان قدامة بن مظعون زوج بنت اخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر رضي فردها صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستامر وتاثير هذا الوصف ان من زوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس اولى ان لا تثبت ولنا قوله تعالى فان خفتم الا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف لا يقال ذلك بمفهوم الشرط لان الاصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فعند عدمه يثبت الجواز بالاصل لا مضافا الى الشرط ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة انها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن في الصداق وقالت في قوله تعالى في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن الآية نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها لا يرغب في نكاحها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فانزل الله تعالى هذه الآية فهذه الآية امر بتزويجهن من غيرهم او بتزوجهن وزوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضي من عمر بن ابي سلمة وهي صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بالولاية تثبت بالنبوة لانه صلى الله عليه وسلم لم يترجح بها قط ولو فعل لم يزوج احد الا عنه لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر انه ساله من تزوجه فذكر انها ثيب فقال هلا بكرا الحديث ورأى على عبد الرحمن بن عوف الصفرة فقال مهيم قال تزوجت وسالكم ساق لها والآثار في جواز ذلك شهيرة عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضي والمعنى ان الحاجة الى الكفو ثابتة لان مقاصد النكاح انما تتم معه وانما يظفر به في وقت دون وقت والولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع ان اصل القرابة داعية اصل الشفقة غير ان في هذه القرابة قصورا اظهرناه في اثبات الخيار لها اذا بلغت واذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان الا ترى انه صلى الله عليه وسلم علق المنع بالاستئمار وانما تستامر البالغة وحديث قدامة تأويله انه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ الا ترى الى ما روي عن ابن عمر انه قال والله لقد انتزعت مني بعد ان ملكتها واما المال فانه يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حبا يفضي الى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه ولغيره بالمحاباة ويخفى لتعذر احضاره لتداول الايدي عليه ولمحولته او لنسيانه او التوى في العوض في المبايعة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة لعدم اللزوم وهو الا تدارك فانتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة فتعذر اثبات الولاية وحاصله ان القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر مقتضاها في المال فانتفت فيه وامكن في النفس فثبتت فيه وهذا لما اثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد قبله من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر او عدم كفاءة وجه قوله في الثيب الصغيرة انها لا حاجة ولا حاجة بحدوث الرأي في امر النكاح لممارسته ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور فافاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا تنكح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة الى احراز الكفو والولاية عليها في النكاح مع عدم الشهوة ليس الا التحصيل ولا راي حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم اهلية المشاورة حتى اخر جواز نكاحها الى البلوغ فكان حاصل هذا الكلام متناقضا فان سلب الولاية لعلة حدوث الراي تصريح بحدوث الراي وتأخير نكاحها لعدم اهلية المشاورة يناقضه فلزم كون المراد بالثيب في الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر الا بعد البلوغ فاذا لم يحدث الراي قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله تثبت الولاية لتحقق الحاجة الى آخر ما ذكرنا

وقال ابو يوسف رح لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب فى غير الاب والجد يتناول الام والقاضى وهو الصحيح من الرواية لقصور الراى فى احدهما ونقصان الشفقة فى الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفى وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما فى حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلى وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولى ينفرد به

فهذا) الولاية الصغر قال المص ره والذى يريد كلامنا فيما تقدم يعنى من جواز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجها الولى العصبة مطلقا بعد ما كفينا مؤنة اثباته بما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل بين الاب والجد وغيرهما من العصبات فى صورة الصغر اولا روى من على موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزى بلفظ الانكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم امامة بنت عمه حمزة رض وهى صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت هذا والترتيب فى ولاية الانكاح كالترتيب فى الارث والابعد محجوب بالاقرب فيقدم عصبة النسب واولاهم الابن وابنه وان سفل لا يتاتى الا فى المعتوهة وهذا قولهما خلافا لمحمد فانه يرى ان الاب مقدم على الابن وسياق المسئلة وهل تثبت الخيار للام المعتوهة اذا افاقت وقد زوجها الابن سيأتى فى الخلاصة ولو زوجها الابن فهو كالاب بل اولى ثم الاب ثم الجد ابوه ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب وذكر الكرخى ره ان الاخ والجد يشتركان فى الولاية عندهما وعند ابى حنيفة رضى الله عنه يقدم الجد كما هو الخلاف فى الميراث والاصح ان الجد اولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم ثم اعمام الاب كذلك الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد لاب ثم ابناؤه وان سفلوا كل هؤلاء تثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر فى حال صغرها وحال كبرها اذا جنت مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه ابوه وهو رجل جاز اذا كان جنونا مطبقا ولم يقدره ابو حنيفة فى الجنون المطبق قدرا على ما سنذكره فان افاق فلا خيار له فان زوجه اخوه فافاق فله الخيار ثم المعتق وان كان امرأة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب فاذا عدم العصبات هل تثبت لذوى الارحام يأتى

قوله وقال ابو يوسف يعنى آخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع الى ان لا خيار ره وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالاب والجد وهذا ان الولاية لم تشرع فى غير موضع النظر واذا حكم بالنظر قام عقد الولى مقام عقد نفسه بعد البلوغ وقولهما قول ابن عمر وابى هريرة رض لان قرابة الاخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد وقد اظهر الشرع اثر هذا النقصان حيث منع ولايته فى المال فيجب اظهاره فى النفس فعلم انه ناظر الى اظهار اثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رض وهى صغيرة وقال لها الخيار **قوله** وهو الصحيح احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزى عن ابى حنيفة انه لا يثبت الخيار اذا كان المزوج القاضى لليتيمة لان ولاية القاضى اتم من ولاية العم لانها فى النفس والمال جميعا وعن ما روى عن ابى حنيفة انه لا خيار لها اذا زوجت الام لان شفقتها فوق شفقة الاب ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشرا مرتبا **قوله** ويشترط فيه اى فى الفسخ ويشترط القضاء فى الفرقة فى مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وباباء الزوج الذمية التى اسلمت وهى طلاق خلافا لابى يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء فى قوله فى خيار البلوغ والاعتاق فرقة حكما بغير طلاق تخذ كفو كذا ونقصان مهر او نكاح فساده باتفاق وملك لاحدى الزوجين وبعض نوع او ارتداد كذا على الاطلاق ثم جب وعنة ولعان واباء الزوج فرقة بطلاق وقضاء القاضى فى الكل شرط بغير ملك وردة وعتاق وقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند ابى حنيفة ومحمد ره فاسد عند ابى يوسف فالفرقة منه بطلاق عندهما وفسخ عنده وقوله على الاطلاق احتراز عن قول محمد ره فانه فرق بين الردة من الزوج فهى فرقة بطلاق وبين المرأة فهى فسخ وكل فرقة بطلاق اذا وقع عليها فى العدة طلاق وقعت الا فى اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها ووجه الاحتياج الى القضاء قوله لان الفسخ لدفع ضرر خفى وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه ليس بثابت فالاولى ان يقال لدفع ضرر غير متحقق بل نظرا الى سببه وهو قصور القرابة المشعرة بقصور الشفقة وقد يظهر خلافه مما هو اثر النظر من

فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم
فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر
يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية
اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس

من كون الزوج كفؤا والمهر تاما والخيار ثابت لما في هذه المقالة كثيرا فقد يتكرر الزوج عدم المنفر فيرى ان فسخها لا يعتاد فيه محلا فاحتيج الى
القضاء لالزامه بناء على تقليل حكم الخيار ومظنته ترك المنفر لا بحقيقته ولا يبعد في خلو المظنة العلل بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه
في محفة بين بلاد متقاربة كل يوم فرسخ على المراكب المنيعة فيترخص بالقصر والفطر ولانه مجتهد فيه ضعفا وخلافا بين العلماء بخلاف خيار العتق لانه لدفع
ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالانثى لاختصاص السبب وهو زيادة الملك عليها بخلاف العبد اذا اعتق فانه لا خيار له في
المهر زيادة تملكه عليها ولا خلاف فيه فلم يحتج الى القضاء واعترض بان دفع هذه الزيادة التابعة لاصل النكاح برفعه وفيه جعل التابع متبوعا وهو
نقض الاصول لانه عكس المعقول ولا يقال الشيء اذا كان تابعا باعتبار الوجود يكون متبوعا في النفي ولا يخفى ان كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم ان
وجوده لازم وجوده فاستتباع الزيادة اصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل نحوه لانا نقول المراد انه لا يجوز ان ينفي التابع اذا كان مستلزما
لنفي المتبوع الثابت لتضمنه رفع الاقوى لغرض دفع الادنى والجواب انه اذا كان مقتضى الدليل وجب ان يكون تبع رفع المتبوع مقتضى الدليل هو سلطة
اقتضائه بدفعه وهو ثابت هنا وهو النص فالوجه في السؤال طلب حكمته مع انه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره والجواب ان دفع ضرره
يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك ولما يثبت لنفسه حقا عليها قد دفعها اولى لانه رضي بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق لها
قوله فتعذر اي الامة المعتقة بالجهل بثبوت الخيار لها لانها كانت مشغولة بخدمة المولى الشاغلة لها عن التعلم بخلاف الحرة لا تعذر لتفرغها لهذا [illegible] حقا قوله ثم خيار البكر
يبطل بالسكوت انما ذكره بعد ما قدمه من حكم [illegible] فكانت فيه نفي لبيان ان يكون سكوتها رضا فيما تقدم هو اذا كانت بكرا فان العبارة هناك اعم من ذلك ليبين الفرق
بينها وبين الغلام والثيب حيث قال لا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة وكذا لو دفع المهر
اذا لم يكن قد دخل بها اما اذا كان دخل بها قبل بلوغه فينبغي ان يكون دفع المهر بعده هو رضي لانه لا بد منه اقام او فسخ وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ يعني لا يبطل خيارها
بالسكوت بعد البلوغ ما لم تقل رضيت او يجيء منها ما يعلم انه رضى كالتمكين من الوطء وطلب [illegible] اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح
فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حال ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفي بسكوتها فكذا اذا ثبت
لها الخيار بعد العلم بالنكاح وهي بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضي ان خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به
خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الى آخره قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد
بالمجلس مجلس بلوغها ان كانت في مجلس قد كان علمها النكاح او مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف خيار البكر ممتدا الى آخر المجلس
وهو قول بعض العلماء ومال هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط فان فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة اذا كانت عالمة بالنكاح وعلى هذا
فلا ينبغي ان تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا فتطلب بلسانها فتقول فسخت نفسي حتى تشهد اذا اصبحت وتقول رأيت الدم الآن وقيل لمحمد كيف يصح وهو
كذب قال انها ادركت قبل هذا فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها ان تكذب كيلا يبطل حقها ثم اذا اختارت واشهدت ولم تتقدم الى القاضي الشهر والشهرين
فهي على خيارها كخيار العيب ما ذكر في بعض المواضع من انها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر
ينبغي ان يحمل على ما اذا لم تفسخ بلسانها حين حاضت ولو قيل لو سألت عن اسم الزوج او عن المهر او سلمت على الشهود بطل خيارها [illegible]
[illegible] ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا تنفذ عليها وكذا عن المهر وان كان ذكره لها لا يبطل لكن سكوتها [illegible] على [illegible]

ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد ثم ما مر بينا

الى ان قال رواية الحديث لا يثبت حيث تكون الرواية والولاية اذا كان الولد في القتال شهادة بقول المفتي الى اجنبي من هذه المسئلة حكم ابي الاب بعد حكم ... بعض الاولياء والاولاية لسبب في النكاح ونفي الولاية مطلقا لانه يستدل بمنع القاضي على صلاحية فلو ... بعض ... التسمية ... اوجب شيئا من التسمية كولاية على زوجة المرتد في ... ذلك ... فانه ... الولاية على الغير ... المطبق هو على ما قيل سنة وقيل اكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى في التجنيس عن ابي حنيفة رح لا يوقت في الجنون المطبق شيئا كما هو دابه في التقديرات فيفوض الى راي القاضي وغير المطبق يثبت له الولاية في حال افاقته بالاجماع ... يقال لا حاجة الى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا او غير مطبق ويزوج حال افاقته من جنون مطبق او غير مطبق ... اذا كان مطبقا تسلب الولاية فيزوج ... افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا يزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر ان الكفؤ الخاطب ... باستقرار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا وان انتظر ... في غيبة الولي الاقرب على ما سنذكره قوله ولهذا اي لهذا الدليل تقبل شهادته عليه لانه لا سبيل له عليه ولا تهمة ولان الوارث يخلف المورث في ملكه ... والظاهر ان الورثة ... ولاية على الميت بل ولاية قاصرة ... بعد انقضاء ... في المستصفى ليس ... بهذا الدليل كما لا تثبت الولاية للكافر على مسلم كذا لا يثبت للمسلم على كافرة ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال ... الا ان يكون المسلم سيد امة كافرة او سلطانا فانه صاحب الهداية ونسب الى الشافعي ومالك قال ولم ينقل هذا الاستثناء عن اصحابنا ... ان يكون مرادا ... في موضع عزوه الى المبسوط الولاية بالسبب العام يثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر ... ذلك الاستثناء ... الفسق ... بسبب ... كالكفر ... عند ... المذكور في المنظومة وعن الشافعي ... اختلاف ... المستور ... الولاية بخلاف ما في الجامع ان الاب اذا كان ماجنا فاسقا فللقاضي ان يزوج الصغيرة من غير كفؤ وغير ... اذا كان ... لا ينعقد تزويجها بانقص ... من غير كفؤ وسياتي تمامه قوله ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات النسبية والسببية والحاصل ان الولاية تثبت للعصبة النسبية على الترتيب الذي قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند ابي حنيفة رح ... الام ... ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ... ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم لولد الام يستوي ذكرهم وانثاهم في ذلك ... في التجنيس عن فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي ... صغيرة ... اختها ... من ... الولاية في ... عند عدم العصبات بالاجماع ... ثم الاخت ... بنت الاخ وبنت العم ... ذكر في غيره ... ان العم اولى من الاخت الشقيقة لانه ... الاخت ... وبنت العم وبنت الاخ ... ثم ... المصنف ... الاسلام ... تقدم الاخت على ... والاخوات ... ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات ... عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ... كما في الميراث كما في المستصفى ... على الاخت ثم مولى الموالاة ... اسلم على يد ابي الصغيرة ... لانه يرث فتثبت له ولاية التزويج ثم السلطان ثم القاضي ... ثم ... القاضي ... في ذلك ... استحسان وقال محمد ... لذوي الارحام ولا لمولى الموالاة ... رواية الحسن عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف مضطرب فيه والاشهر انه مع محمد ... في الهداية ... ان ابا يوسف مع ابي حنيفة

ولأن الولاية إنما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو إليها وإلى العصبات الصيانة
ولأبي حنيفة رح أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة
على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز
لأنه آخر العصبات وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له فإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج

وفي شرح الكنز وأبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات لما روينا يعني من قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح إلى العصبات أثبت لهم الجنس ولا يبقى بعد الجنس شيء فيثبت لغيرهم فلا انكاح لغيرهم قوله ولأن الولاية إنما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو إليها أي إلى القرابة على تأويل الأقارب أو على حذف المضاف وإلى العصبات الصيانة عن ذلك لا إلى غيرهم من ذوي الأرحام لأنهم ينسبون إلى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك قوله ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة إذ حقيقتها باعثة على الشفقة ظاهر الوجه لأن شفقة ذوي الأرحام بهذه المثابة فإنا نجد شفقة الأخ على ابنة أخته كشفقته على ابن أخيه بل قد يترجح على الثانية ولا شك أن شفقة ذوي الأرحام ليس كشفقة السلطان مع أنه يكون وليا فكانوا أولى منه ولأنه تثبت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو إليها فالحصر ممنوع بل ثبوتها بالذات تحصيلا لمصلحة الصغيرة وتحصيل الكفو إنما بالذات لحاجتها إلا أنه وكل من ذوي الأرحام فيه أهلية تحصيل حاجتها فتثبت له الولاية بهذا الاعتبار وإن ثبتت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات إلى غير ذلك وحاجته … وهو ما في مسند أبي حنيفة وقيل عليها إجازة ابن مسعود رضي الله عنه تزويج امرأة بنتها وكانت من غير ولي بالأصح وأما إثبات جنس ولاية الانكاح إلى العصبات في الحديث فإنما هو حال وجودهم ولا تعرض له حال عدمهم بنفي الولاية عن غيرهم ولا إثباتها فاحتج بالمعنى وبقضية ابن مسعود وأيضا لا شك أنه خص منه السلطان لأنه ليس من العصبات بقوله السلطان ولي من لا ولي له أو بالإجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى … على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي … وترك في قول محمد قياس في قول أبي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمجرده وبالمعنى يعرف أن أبي حنيفة … فيه والاستحسان هو الذي يكون بالأثر والقياس … أن لا يكون فيه نص ويجاب بأنه على بابه والمراد إنما ذكره محمد من الحكم في نفس الأمر قياسا يقابله الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة فإن محمدا … الاستحسان استدلالا بالحديث وقد ظهر أن لا تمسك له به وكان الأولى أن يجيب بالمعنى حاصل بحثه … وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات تتناول الإمام لأنه عصبة في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت ولهما الآن أقارب الأب مقدمون قوله وإذا عدم الأولياء أي كل من العصبات وذوي الأرحام ومولى الموالاة فالولاية إلى الإمام والحاكم أي القاضي بشرط أن يكتب ذلك في منشوره فزوج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في عهده ثم أذن له فيه فأجازه قيل يجوز وقيل لا … فروع الأول ليس للوصي أن يزوج الصغيرة وإن … وإن أوصى إليه الأب بالنكاح إلا إذا كان الموصي عين في حال حياته التزويج من رجل فيزوجها الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها وإن لم يعين لا يزوجها … ليس بلازم أن السلطان يزوجها إلا إذا كان الوصي قريبا فيزوج بحكم القرابة لا الوصاية وإلا فالحاكم وبه قال الشافعي وأحمد في رواية وفي أخرى له التزويج لقيامه مقام الأب قلنا إنما قام مقامه في المال وقال مالك إن أوصى إليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن أبي حنيفة الثاني لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها من نفسه أو ابنه لا يجوز لأنه ليس … بخلاف سائر الأولياء لأن تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي ذكره في التجنيس … الرواية … إلى شجاع … الوكيل … في الحكم … وكذا إذا باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز بكل من الوجهين والوجه ما ذكرنا بخلاف ما لو نصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه حيث يجوز لأنه نائب عن الميت لا القاضي الثالث إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند أبي حنيفة إلا ببينة أو يدرك الصغير فيصدقه وعندهما إذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي … الأب … ما يثبت النكاح بإقراره قال في المصفى … الشيخ حميد الدين … إقرار الولي في الصغير … فإن القرار موقوف

وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ

الى بلوغهما فاذا بلغا وصدقاه نفذ اقراره والا بطل وعندهما ينفذ في الحال انه اشار اليه في المبسوط وقال هو الصحيح وقيل الخلاف فيما اذا ادعى الصغير والصغيرة النكاح فاقر الولي اما لو اقر بالنكاح في صغره صح اقراره كذا في المغني وفي مبسوط شيخ الاسلام هذا اقرار الاب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق الا ببينة وان صدقه الزوج في ذلك والمرأة وعلى قولهما يصدق من غير بينة فان قيل على من تقام البينة ولا تقبل الا على منكر يعتبر انكاره والمنكر هو الصبي ولا عبرة بانكاره والاب والزوج والمرأة مقرون قلنا ينصب القاضي خصما عن الصغير او الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة انتهى كلام المصنف والذي يظهر ان قول من قال ان الخلاف فيما اذا ادعيا فانكر النكاح اما اذا اقر به فيصح بالاتفاق اوجه واقرار وكيل رجل او امرأة بتزويجهما واقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف واما اقراره بنكاح امته فينفذ اتفاقا ولو ادعى في النوازل امرأة جاءت الى قاض فقالت اريد ان اتزوج ولا ولي لي فللقاضي ان يأذن لها في النكاح كما لو علم ان لها اولياء واختاره ابو الحسن السغدي وما نقل فيه من اقامتها البينة بخلاف المشهور وما نقل من قول حماد بن ابي حنيفة يقول لها القاضي ان لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد اذنت لك فالظاهر انه شرطين الا دليل محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفو واما اشتراط انتفاء البعل فلعدم الاشتراط **قوله** وقال زفر اذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة لا يزوجها احد حتى تبلغ بناء على انه على ولايته لان الولاية تثبت حقا له كما تقدم في دليله وقدمنا جوابه وقال الشافعي يزوجها السلطان لا الابعد وعندنا يزوجها الابعد لان هذه ولاية نظرية تثبت نظرا لليتيمة لحاجتها اليها ولا نظر في التفويض الى من لا ينتفع برأيه وهذا لان التفويض الى الاقرب ليس لكونه اقرب بل لان في الاقربية زيادة مظنة للحكمة وهي الشفقة الباعثة على زيادة الاتقان والامعان للمولية فحيث لا ينتفع برأيه اصلا سلبت الى الابعد اذ لو ابقيناها ولاية الاقرب لبطل حقها وفاتت مصلحتها اما الاولى فحقه في الصيانة عن غير الكفو يكون مقتضيا لاثبات ولاية الفسخ اذا وقع فعلها من غير كفو فلا يتوقف على اثبات ولاية التزويج له بحيث تثبت كما هي لحاجتها حقا لها ولو سلم ففوات حقه بسبب من جهته هي غيبته على ان المقصود لا يفوت اذ يحصل فيه الولي الابعد لانه يلو في نفي غير الكفو والاحتراس عن التلطخ بنسبه فقط اذ هو المقصود والواحد فوجب الى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان ولانه لو سلبت ولايته بموته كان الابعد اولى من السلطان فكذا اذا سلبت بعارض آخر والاصل ان علة تقديمه على السلطان لا تختلف بالموت وغيره وقال صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له وما يقال من انه ينتفع برأيه بالرسول والكتاب كتابا لها طالبا لرأيه حيث هو بخلاف المتوفى فغائب والى ذلك فلا ينتفع الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه ونظيره الحضانة والتربية يتقدم فيه الاقرب فاذا تزوجت القربى ثبتت منتقلة لشغلها بالزوج صارت للبعدى وكذا النفقة في مال الاقرب فاذا انقطع ذلك لبعده وجبت في مال الابعد **قوله** ولو زوجها حيث هو فيه منع جواب عن استدلال زفر على قيام ولايته حال غيبته بانه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا فدل على انه لم تسلب الولاية شرعا بالغيبة اجاب بمنع صحة تزويجه قال في المحيط لا رواية فيه وينبغي ان لا يجوز لانقطاع ولايته وفي المبسوط لا يجوز ولو سلم فلانها انتفعت برأيه وهذا انزل لهما للابعد قرب التدبير وللاقرب قرب القرابة فنزلا منزلة وليين في درجة فايهما عقد جاز لانه اسبق بالمعنى المتعلق به ثبوت الولاية وسلبها ومعناه ان سلب الولاية انما كان لسلب الانتفاع برأيه فلما زوجها من حيث هو ظهر انه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتا بل القائم مناط ثبوتها وفي شرح الكنز لا رواية قلنا ان نمنع لانه لو جاز عقده حيث هو لادى الى مفسدة لان الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهي في عصمة غيره وما قالوه في صلوة الجنازة دليل عليه وهو ان الغائب لو كتب ليقدم رجلا الى صلوة الجنازة فللابعد منعه ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه كما لو كان حاضرا وقدم غيره ومعه يستفيد ما ذكرنا ان الوليين اذا استويا كالاخوين الشقيقين ايهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا

ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفؤ باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كابي الام مع بعض العصبات والله اعلم

فصل في الكفاءة الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش

فان زوجها كل منهما فالعبرة للسابق فان لم يعلم السابق او وقعا معا بطلا لعدم الاولوية بالتقديم ولو زوجها ابوها وهي بكر بالغة بامرها وزوجت هي نفسها من آخر فايهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها اقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا ادري الاول ولا يعلم من غيرها فرق بينها وبينهما وكذا لو زوجها وليان بامرها **قوله** ولا يرد الخ يفيد انه لو حضر الاقرب بعد عقد الابعد لا يرد عقده وان عادت ولايته بعوده **قوله** والغيبة المنقطعة بان يكون في موضع لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري رح وعن ابي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان احداهما بالمشرق والاخرى بالمغرب وهذا يرجع الى قول زفر رح وانما ضرب هذا مثلا وعنه في اخرى من بغداد الى الري وهكذا عن محمد في رواية من الكوفة الى الري ومن المشايخ من قال حد الغيبة المنقطعة ان يكون بحال لا ينتقل من موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل اذا كان في موضع يقع الكرى اليه دفعة واحدة فليست بمنقطعة او بدفعات فمنقطعة وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام ابو علي النسفي وسعد بن معاذ وابو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وابو علي السغدي والصدر الشهيد قالوا وعليه الفتوى وقال الامام السرخسي في مبسوطه والاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفؤ ومن هنا قال قاضي خان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة وهذا احسن لانه انظر وفي النهاية عليه اكثر المشايخ منهم الامام ابو بكر محمد بن الفضل وفي شرح الكنز اكثر المتاخرين وفي ... التعارض بين اكثر المتاخرين واكثر المشايخ والاشبه بالفقه قول اكثر المشايخ **قوله** واذا اجتمع في المجنونة جنونا اصليا بان بلغت مجنونة او عارضيا بان طرأ الجنون بعد البلوغ ابوها او جدها مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ابوها وقال زفر في العارض لا يزوجها احد لان الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء ثم لا ترجع عند وجود مناطها الحجر بل هي احوج الى الولاية بالجنون منها اليها بالصغر لان الحاجة اليها في الصغر لتحصيل الكفؤ وفي الجنون بذلك وبدفع الشهوة والممارسة وكذا المجنون يجتمع فيه ابوه وابنه او جده على هذا الخلاف وعن ابي يوسف رواية اخرى ايهما باشر الاب او الابن صح جاز وهي رواية المعلى جعلهما في مرتبة ولا بعد في الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة **قوله** ولهما الخ وهذه الولاية مبنية على العصوبة بالنص السابق والابن هو المقدم في العصوبة شرعا لانفراده بالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه ثم اذا زوج المجنونة او المجنون الكبيرين ابنهما لا خيار لهما لانه يقدم على الاب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن اولى

فصل في الكفاءة الكفؤ النظير والمساوي ويقال لا كفاء بالكسر ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولي اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء من تثبت له ثم اعقبه فصل الكفاءة **قوله** معتبرة قالوا معناه معتبرة في اللزوم على الاولياء حتى ان عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء فهنا نظران في اثبات حجته ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه من معناها اما الاول فهو حديث ضعيف لان في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه احمد الى الوضع وسيأتي تحسينه لكنه حجة بالتقاف الشواهد من ذلك ما روي عن محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن رجل عن عمر رض قال لامنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي ان عليه الصلاة والسلام قال له يا علي ثلث لا تؤخرها الصلاة والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفؤا وقول الترمذي فيه لا ارى اسناده متصلا تضعيف بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجهني فلينظر وفيه ايضا عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وهي من حديث

وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن أنفسهم

عائشة وأنس وعمر من طرق مجموعها يرتفع إلى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم وفي هذا الكفاية أغنى عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال إذا كان الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة ففي النكاح وهو للعمر أولى وذكر ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة وخرج إليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم من أنتم قالوا رهط من الأنصار فقالوا أبناء قوم كرام ولكنا نريد أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا ثم أمر حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث الخ أما قوله صلى الله عليه وسلم صدقوا فلم أره والذي في سيرة ابن هشام عن ابن إسحاق أنهم قالوا لهم أكفاء كرام ولكنا نريد بني عمنا وفي رواية ما لنا بكم من حاجة ثم نادى مناديهم يا محمد أخرج لنا أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم قم يا حمزة وقم يا علي الخ ونحن نقطع أن عدو الله لو برز للمسلمين يريد إطفاء نور الله وهو من كبار أنسابهم فخرج إليه عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين ولم يرده ذلك النسب لا بعد أنهم الكفاءة المطلوبة هنا الكفاءة في الشدة فيجب أن يخرج إليه كفوه فيها لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا وكلامه إنما يفيد على النسب وإنما أجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك لما علمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أولا ولئلا يظن بأن المطلوبين عجزوا وجبنوا ودفعا لما قد يظن أهل النفاق من أنه يقي بقرابته دون الأنصار النظر الثاني لا يخفى أن الظاهر من قوله لا يزوجهن إلا من الأكفاء أن الخطاب للأولياء نهيا لهم أن يزوجوهن إلا من الأكفاء ولا دلالة فيه على أنها لو زوجت نفسها من غير الكفو يثبت لهم حق الفسخ فإن قلت يمكن كون فاعل يزوجهن المحذوف عاما مثل الآية نهيا أي لا يزوجهن مزوج هي لنفسها أو الأولياء فالجواب أن غاية ما أنها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفو فإذا باشرته لزمتها المعصية ولا يستلزم أن للولي فسخه إلا بمعنى العرف وهو أنها إذا حلت عليه ضررا أطلق رفعه وهذا ليس مدلول النص ولو صح نهيها التضمني للنص باعتبار أنها الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص وإنما قلنا التضمني لأن النهي على هذا التقدير متعلق بها وبالأولياء فبالنسبة إليهم إنما يتعلق بتركه النظر لها وبالنسبة إليها باعتبار الضرر على الولي وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ فلا يشكل على سامع أن في قول القائل إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللولي فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجهن إلا من الأكفاء نبوة للدليل عن المدعى فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لأمر زائد على ذلك كما هو في الكتاب فإن قلت كون الشيء معتبرا في الشرع لا بد من كونه على وجه خاص أعني معتبرا على أنه واجب أو مندوب قلنا نعم لكنه لم يقصد خصوصيته فإن قلت فما هو قلنا مقتضى الأدلة التي ذكرناها الوجوب أعني وجوب نكاح الأكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده ولا ينفيه ثم لا يستلزم كونه أول كفو خاطب لما روى الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ولولا أن شرط المشروع القطعي لا يثبت بظني لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة ثم هذا الوجوب يتعلق بالأولياء حقا لها وبها حقا لهم على ما بينا ذكرناه ولكن إنما تتحقق المعصية في حقهم إذا كانت صغيرة لأنها إذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم إلا برضاها فهي تاركة لحقها كما إذا رضي الولي بترك حقه حيث ينفذ هذا كله مقتضى الأدلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها وعلى اعتبارها فيشكل قول أبي حنيفة رحمه الله أن للأب أن يزوج بنته الصغيرة من غير كفو فإن قلت خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهي قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشيا وزوجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي وزوج أبو حذيفة بنت أخيه من سالم مولاه وكان ذلك بعلم الصحابة رضي الله عنهم أو بعضه وبعضه النبي صلى الله عليه وسلم قلت الجواب أن وقوع هذه وليس يستلزم كون تلك النساء صبرن بل الثابت بالمحيط أنهن كن راضيات وما بنت قيس كانت ثيبا كبيرة حتى تزوجها أسامة فإنما جاز لإسقاطهن حق الكفاءة لمن لهن وليا من هذا وفي اعتبار الكفاءة خلاف مالك والثوري والكرخي من مشايخنا لما روي عنه صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة جمعا بين الأدلة **قوله** وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللأولياء وإن لم يكونوا محارم كابن العم أن يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم ما لم يجئ من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة

ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر

او المهر حتى احدها وان لم يقبض وكالتجهيز ونحوه ولها لو زوجها على الكفاءة فسكت فظهر عدمها بخلاف ما اذا اشترط العاقد الكفاءة او اخبر الزوج بها حيث كان لهم
التفريق اذا لم يكن كفؤا ولم يشترط ولم يخبر فقد ذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوجت نفسها ممن لا يعلم حاله فاذا هو عبد ماذون ليس لها الفسخ بل للاولياء او زوجها الاولياء
بمن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقه فاذا هو عبد ماذون له في النكاح ليس لهم الفسخ ولو اخبر بحريته او شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ولا يكون سكوت الولي
رضى الا ان سكت الى ان ولدت فليس له التفريق وعن شيخ الاسلام ان له التفريق بعد الولادة وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق ولا يجب عنده شيء من المهر ان
وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة فانها كانت واجبة ولا تثبت هذه الفرقة الا بالقضاء لانه مجتهد فيه وكل
من الخصمين يتشبث بدليل فلا ينقطع النزاع الا بفصل القاضي والنكاح قبله صحيح يتوارثان به اذا مات احدهما قبل القضاء هذا على ظاهر الرواية اما على الرواية
المختارة للفتوى لا يصح العقد اصلا اذا كانت زوجت نفسها منه بل المرأة اذا زوجت نفسها من غير كفؤ ان تمنع نفسها من ان يطأها باختيار الفقيه ابي الليث
نعم قال في التجنيس هذا وان كان خلاف ظاهر الجواب لان من حجة المرأة ان تقول انما تزوجتك على رجاء ان يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطئا
بشبهة ورضا بعض الاولياء المستوين في درجة كرضا كلهم خلافا لابي يوسف وزفر فلانه حق الكل فلا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك قلنا هو حق لهم
لكن لا يتجزى فيثبت لكل كاملا كولاية الامان فاذا ابطله احدهم لا يبقى كحق القصاص ما لو رضي الابعد كان للاقرب الاعتراض ولو زوجها الولي باذنها من غير كفؤ
فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولي التفريق ولا يكون رضي بالاول رضا بالثاني لان الانسان لا يسعد بحوعد عن خلقه فيه وكذا لو زوجها هو من غير
كفؤ فطلقها فتزوجت آخر غير كفؤ ولو تزوجته ثانيا في العدة ففرق بينهما لزمه مهران واستانفت العدة وان كان قبل الدخول في الثاني وستاتي هذه المسئلة
في باب العدة ان شاء الله تعالى **قوله** ولان انتظام الخ يعني ان المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر فانه انما وضع لتاسيس
القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا يسرك ما يسره ويسوءك ما يسوءه وذلك لا يكون الا بالموافقة والتقارب ولا تقارب للنفوس عند
مباعدة الانساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ولذلك راينا الشرع فسخ عقد النكاح اذا ورد ملك اليمين لما عليه وان كان حصلا ايضا جملة
الاخرى حالة للطرفين على ما تقدم في فصل المحرمات فعقده مع غير المكافي قريب الشبه من عقد لا يترتب عليه مقاصده ولو كان اياه فسد فكان طريقه اكره ولم يلزم
المولية اذا تعزر به الولي فلو لا اضرارها **قوله** ثم الكفاءة تعتبر في النسب جميع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي مذكور في الكتاب وسيورده الا الكفاءة
في العقل ذكره الولوالجي ولم يذكره هنا قال بعضهم لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة واختلف فيه فقيل يعتبر لانه يفوت بعدمه مقصود النكاح وقيل
لا لانه مرض ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر الا عند محمد في الثلاثة الاول
اعني الجنون والجذام والبرص اذا كان بحال لا تطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد رحمه الله الا ان الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي
وكذا في الجبوبة عنده **فرع** انتسب الى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك فان لم يكافئها بان كانت قرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلها الخيار
ولو رضيت كان للاولياء التفريق وان كافأها بان كانت عربية ليست قرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلا حق للاولياء ولها الخيار
عندنا ان شاءت فارقته خلافا لزفر ولنا انه شرط النفساني في النكاح فيلحقه سفيعة وهو ان يكون اباها صالحا للاخذ فاذا لم يف كان لها الخيار كاشتراء
العبد على انه كاتب فظهر خلافه وايضا الاستفراش ذل من جانبها فقد ترضى به ممن هو افضل منها لا من مثلها فاذا ظهر خلافه فقد غرها وتبين عدم رضاها
بالعقد فيثبت لها الخيار ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لانه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها

فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة

والمخلص منها من طريق يمكنه وهي الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار ويحتاج بعد هذا الى فضل تقرير وفرق بين هذا وبين اثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل ان شاء الله تعالى **قوله** فقريش بعضهم اكفاء لبعض روى الحاكم بسند فيه مجهول لانه شجاع بن الوليد قال ثنا بعض اخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن ابي مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل الا حائكا او حجاما ورواه ابو يعلى بسند فيه عمران بن ابي الفضل الايلي نسب بانه موضوع وان عمران يروي الموضوعات عن الاثبات وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعا الناس اكفاء قبيلة بقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى الا حائكا او حجاما وضعف ببقية بن الوليد وهو محتمل ان عنعن الحديث ليس غيره وبان محمد بن الفضل مطعون فيه ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي وعمر بن لفظ الاول وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من اهل حران يروي المجاهيل وقد روي هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة وهو ضعيف انتهى كلامه وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه العرب بعضهم اكفاء لبعض انتهى وابن معدان لم يسمع من معاذ وفيه سليمان بن ابي الجون قال ابن القطان لم اجد له ذكرا وبالجملة فللحديث اصل فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها ايضا بالنظر الى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك خصوصا وبعض طرقه كحديث بقية ليس من الضعف بذاك فقد كان شعبة معظما لبقية وناهيك باحتياط شعبة وايضا تعدد طرق الحديث الضعيف يرفعه الى الحسن ثم القرشيان من جمعهما اب هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينتسب الا لاب فوقه فهو عربي غير قرشي فانما سميت اولاد النضر قريشا تشبيها بدابة في البحر تدعى قرشا تاكل دواب البحر فشبهوا بها لانهم من اعظم دواب البحر عزة وفخرا ونسبا وعلى هذا قال البيهقي وقريش هي التي تسكن البحر بها سميت قريش قريشا وقيل لان النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبي سمي به لانه كان يقرش عن خلة الناس ليسد حاجتهم بماله والتقريش التفتيش قال الحارث بن حلزة ايها الناطق المقرش عنا عند عمرو فهل لها انقاء وقيل لانه خرج يوما على نادي قومه فقال بعضهم انظروا الى النضر كانه جمل قريش وقيل سميت بقريش بن الحارث بن مخلد كان صاحب عيرهم فكانوا يقولون قدمت عير قريش وخرجت عير قريش ولهذا ابن ابيه بدر وهو الذي حفر بئره سميت به وقيل لتجارتهم والقرش الكسب وقيل سميت به لان فهرا هو مالك قيل ان اسمه قريش وانما فهر لقبه قال ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك على هذا ينبغي ان لا يكون قريشا الا من كان من ولد فهر وقيل هو من التجمع والتقريش التجميع لان قصيا جمعهم في الحرم من بعد تفرقهم وقيل لما نزل قصي الحرم فعل افعالا جميلة فقيل له القرشي فهو اول من سمي به وعلى هذا ينبغي ان يكون القرشيون من جمعهم اب هو قصي وظاهر الاول ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي التجمع كان من ابناء النضر وان كان الحاكي قال ابوكم قصي كان يدعى مجمعا به جمع الله القبائل من فهر لانه ابن ابنه لانه ابن مالك بن النضر غير ان القافية اتفقت كذلك والا فبعد نقل ان قصيا سمي مجمعا بجمعه اولاد النضر عرف ان القرشيين جمعهم النضر هذا وقريش عمارة تحتها بطون لؤي بن غالب وقصي وعدي ومنهم الفاروق رضي الله عنه ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضي الله عنه ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومي رضي الله عنه وهاشم فخذ والعباس فصيلة واعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال صلى الله عليه وسلم في قريش بطن ببطن وفي العرب قبيلة بقبيلة وذكر بعض الادباء ترتيب الطبقات وقال قبيلة فوقها شعب وبعدها عمارة ثم بطن تلوه فخذ وليس يؤوي الفتى الا فصيلته ولا سداد لسهم ما له قذذ وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال اقصد الشعب فهو اكثر حي عددا في الحواء ثم القبيلة ثم تتلوها العمارة ثم البطن والفخذ بعدها والفصيلة ثم من بعدها العشيرة لكن هي في جنب ما ذكرناه قليلة **قوله** والموالي هم المعتقون والمراد هنا غير العرب وان لم يمسهم رق لانهم لما ضلوا انسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما ذكره في الحديث دليل على انه لا يعتبر

وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفؤا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا تعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به قال وتعتبر في المال

التفاضل في انساب قريش فهو حجة على الشافعي في ان الهاشمي والمطلبي اكفاء دون غيرهم بالنسبة اليهم قالوا زوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته من عثمان وهو اموي وزوج علي ام كلثوم من عمر رضي الله عنهم وهو عدوي وفيه نظر اذ قد يقول يجوز كونه اسقاطا لحقه في الكفاءة نظرا الى مصلحة اخرى لكنه يرى انها شرط في النسب فيلزمه ما ذكرنا وعلى اكثر اصحابه في اعتبار الكفاءة في النسب في العجم وعلى محمد رح في اعتبار الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ اهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين هذا ان قصد بذلك عدم المكافاة لان قصد به تسكين الفتنة وفي الجامع لقاضي خان قالوا الحسيب يكون كفؤا للنسيب فالعالم العجمي كفؤ للجاهل العربي والعلوية لان شرف العلم فوق شرف النسب والحسب مكارم الاخلاق وفي المحيط عن صدر الاسلام الحسيب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب وفي الينابيع الاصح انه ليس كفؤا للعلوية واصل ما ذكره المشايخ رح من ذلك ما روي عن ابي يوسف رح ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤا له ولا يعتبر بالبلاد في تتمة الفتاوى القروي كفؤ للمدني قوله وبنو باهلة الخ استثناء من قوله والعرب بعضهم اكفاء لبعض وباهلة في الاصل اسم امراة من همدان كانت تحت معن بن اعصر بن سعد بن قيس بن عيلان فنسب ولده اليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا ياخذون عظام الميتة يطبخونها وياخذون دسوماتها فلذا قيل ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت الام من باهلة وقيل اذا قيل للكلب يا باهلي عوى الكلب من شوم ذاك النسب ولا يخلو من نظر فان النص لم يفصل مع انه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بقبائل العرب واخلاقهم وقد اطلق وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الاجواد وكون فصيلة منهم او بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل قوله واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه وله اب واحد في الاسلام لا يكون كفؤا لمن له ابوان فيه لان تمام النسب بالاب والجد والحق ابو يوسف الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف اي في الشهادات والدعاوى قيل كان ابا يوسف رح انما قال ذلك في موضع لا يعد كفر الجد عيبا بعد ان كان الاب مسلما وهما قالاه في موضع يعد عيبا والدليل على ذلك انهم قالوا جميعا ان ذلك ليس عيبا في حق العرب لانهم لا يعيرون بذلك وهذا احسن به ينتفي الخلاف ولا تعتبر الكفاءة بين اهل الذمة فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفؤا لم يفرق بل هم اكفاء بعضهم لبعض قال في الاصل الا ان يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك او سائس فانه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مامور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين قوله والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام يعني من كان له ابوان حران كان كفؤا لمن له اباء احرار ومن له اب واحد حر لا يكافئ من له ابوان حران ومن عتق بنفسه لا يكافئ من له اب حر وفي التجنيس لو كان ابوه استقر وامها حرة الاصل لا يكافيها المعتق لان فيه اثر الرق وهو الولاء والمراة لما كانت امها حرة الاصل كانت هي ايضا حرة الاصل وفي المجتبى معتقة الشريف لا يكافيها معتق الوضيع واعلم انه لا يبعد كون من اسلم بنفسه كفؤا لمن عتق بنفسه قوله ويعتبر ايضا في الدين اي الديانة فسره به ليعلم ان المراد به التقوى لا اتفاق الدين لان تفاصيله تعرف في نكاح اهل الشرك ولا كونه مكافيا باسلام نفسه وابيه وجده لانه مر قبلها قوله هو الصحيح اي الصحيح اعتبار قول ابي حنيفة وابي يوسف فانه روي عن ابي حنيفة رح انه مع محمد رح ورجحه السرخسي وقال الصحيح من مذهب ابي حنيفة ان الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال اذا كان الفاسق ذا مروة كاعوان السلطان والمباشرين المكتبة وكذا عنه ان كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفؤا والا لا وحينئذ الاولى كون هو الصحيح احترازا عما روي عن كل منهما انه لا يعتبر والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما فلو تزوجت امراة من بنات الصالحين فاسقا كان للاولياء فسخه وان كان من ذوي الجاه كالسلطان قوله وقال محمد رح لا يعتبر الا اذا كان يصفع

وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤا لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار أبيه فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعتبر لأنه لا ثبات له إذ المال غاد ورائح قال وتعتبر في الصنائع وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن أبي حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها ووجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة إلى النفيسة منها

منه ويخرج سكران لأنه من أحكام الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا وفي كون هذه قاعدة ممهدة نظر ثم لم يظهر وجه الملازمة والحق أنه قد وقد والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على أحكام الآخرة وعدمه على أنا لم نبن الأمر إلا على أمر دنيوي وهو ما ذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه يعني تعير بأشكالها من بنات الصالحين وفي المحيط الفتوى على قول محمد وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية المخالفة بقول محمد عن أبي حنيفة ولو تزوجها وهو كفؤ في الديانة ثم صار داعرا لا ينفسخ النكاح لأن اعتبار الكفاءة وقت النكاح **قوله** وهو أي اعتبار الكفاءة في المال هو أن يكون مالكا للمهر والنفقة وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره في الكفاءة في الغنى بالنسبة إلى قول أبي حنيفة ومحمد فإن ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره وبين أن المراد بالمهر ملك ما تعارفوا تعجيله وإن كان كله حالا ففي المجتبى قلت في عرف أهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه ولم يبين المراد بملك النفقة واختلف فيه قيل المعتبر ملك نفقة شهر وقيل ستة أشهر وفي جامع شمس الأئمة سنة وفي المجتبى الصحيح أنه إذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفؤا ومعناه منقول عن أبي يوسف قال إذا كان قادرا على إيفاء ما يعجل لها باليد ويكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفؤا لها في غريب الرواية للسيد أبي شجاع جعل الأصح ملك نفقة شهر وفي الذخيرة إن كان تجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفؤ وإلا لا يكون كفؤا وإن كانت فقيرة انتهى وفيه نظر ثم هذا إذا كانت تطيق النكاح فإن كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفؤ وإن لم يقدر على النفقة لأنه لا نفقة لها **قوله** ويعد المرء قادرا بيسار أبيه وجده وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الأب **قوله** فأما الكفاءة في الغنى يعني بعد ملكه للمهر والنفقة قيل يعتبر مكافأته إياها في غناها قال معتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بأن الأصح أن ذلك لا يعتبر لأن كثرة المال مذمومة وفي شرح الكنز لا يعتبر بالمساواة في الغنى هو الصحيح وعن أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الأصول أن من ملكهما لا يكون كفؤا للفائقة في الغنى وليس بشيء فنص على أن ما في الهداية غير رواية الأصول وكذا في الدراية قال وهذا القول منهما في غير رواية الأصول وفي كتاب النكاح لا تشترط القدرة إلا على المهر والنفقة وفي بعض الشروح أنه خلاف ظاهر الرواية ولهذا لم يذكره في المبسوط عن الأصل قال وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما حج عن أبي يوسف بنفيه **قوله** وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان أظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفؤا للعطار وهو رواية عن محمد وعنه في أخرى الموالي بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجام وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن أبي يوسف وأظهر الروايتين عن محمد فصار عن كل منهم روايتان الظاهر عن أبي حنيفة عدم الاعتبار والظاهر عن محمد كذلك إلا أن يفحش وهو الرواية عن أبي يوسف فما قدمناه من نفيه حيث قال فيه إلا حائكا أو حجاما يفيد اعتبارها في الصنائع لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي وهو أن الصناعات المتقاربة أكفاء كالبزاز والعطار بخلاف المتباعدة وعد الحياكة مع الدباغ والحجام والكناس قال وهؤلاء بعضهم أكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافا فكان ظاهرا في أن الظاهر من قول أبي حنيفة اعتبار الكفاءة وإليه ذهب بعض الشارحين قال ولذا قال الشيخ أبو نصر يريد أن أثبت اعتبارها عن أبي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع وإنما قلنا لكن على الوجه الذي ذكر في شرح الطحاوي لأن حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق إلا بكونهما من صناعة واحدة وفي المحيط وغيره وههنا خساسة هي أخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكرية وتابعا وإن كان ذا مروءة ومال قيل إنه اختلاف عصر وزمان في زمن أبي حنيفة لا تعد الدناءة في الحرفة منقصة فلا تعتبر وفي زمنهما تعد فتعتبر والحق اعتبار

قال وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك
وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها
ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء
بعد التسمية لأنه لا يتعير به وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه ومعنى الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لأن الحط عن مهر المثل
ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لم يملك ذلك غيرهما ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية هي المقصودة في التصرف المالي والدليل
عدمناه في حق غير الأب والجد ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله أيضا لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز والله أعلم

ذلك سواء كان ذلك هو البنّي أو لا فإن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفوا للعطار بالإسكندرية
لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا ألبتة اللهم إلا أن يقترن به خساسة غيرها **قوله** وإذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها
حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها فالثابت للأولياء أحد الأمرين وهو فرع قيام نكاحها فلذا في فتاوى النسفي لو لم يعلم بذلك حتى مات ليس لهم أن يطالبوا بتكميل مهر المثل
لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ واعلم أن المدار التسمية حتى لو سمت مهر مثلها ولم تأخذه بل
أبرأت لا اعتراض عليها ثم قال المصنف وهذا الوضع أي قولنا إذا تزوجت ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض وقال محمد مع أبي يوسف
ليس لهم ذلك ومعناه يجب بتقييده العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فإنما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم عنه أنه لا يصح مباشرتها
بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولي قال وهذه شهادة على رجوعه صادقة لمحمد وأورد عليه أنه إنما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي
وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها
على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دالا على رجوع
محمد إلى قولهما انتهى ولا شك أن قولنا إذا تزوجت ونقصت لا ينقص عند محمد عام في الصور على ما هو حال مهملة الشرط فباعتبار عمومه تكون
شهادة صادقة وعليه مشى المصنف وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه أعم منها لا تكون شهادة وعليه مشى المعترض والأصل خلافه
إلا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا الصورة المذكورة
فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هو المذكور في الجامع الصغير ورجوعه مروي أنه قبل موته بسبعة أيام وبه كان
يشير إليه قول المصنف وقد صح ذلك ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه **قوله** وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص
من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولزم عند أبي حنيفة سواء كان بغبن فاحش أو قليل ويثبت المال كله في ذمة الصغير
في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسرا أو معسرا فيقضيه من مال الصغير وقالا لا يجوز الزيادة والنقص إلا بما يتغابن فيه وعلى هذا الخلاف تزويج ابنته
بغير كفو ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة أما فيها فلا لما قالوا لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد
باطلا على قول أبي حنيفة على الصحيح ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق فظاهر سوء اختياره ولأن ترك النظر هنا
مقطوع به فلا يعارضه ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظرا إلى شفقة الأبوة وما في النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو
مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح يعني بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بالشرب وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه
كفو يفيد خلافه إذ يقتضي أنه لو عرف الأب بشربه فالنكاح نافذ وهو ينافي ما تقرر من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير
الكفو والجواب أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلم يلزم البطلان عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق
للناس كون الأب العاقد معروفا بمثله **قوله** ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما أي قولهما لا يجوز بل معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية
والعقد صحيح فيرد إلى مهر المثل قيل بالأول وقيل بالثاني هو اختيار المصنف الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بإيجاب المال من غير عوض
نفسها انتقاصا وإبطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يجر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رح لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رح يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجاز المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا

بغبن فاحش في مالها لما يجاب المال عوض نفسها فقصا اولى لعدم النفاذ واذا كان بحيث لو زوج ابنتها بغبن فاحش في مالها لا يجوز فتزويجها كذلك اولى لعدم الجواز ولابي حنيفة ان النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار امر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة واذ حال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد واما المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا لا يعتبر دليله فيعلق الحكم عليه ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية الى وفور الشفقة مع كمال الرأي بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الام وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك وعلى هذا انبنى الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت واجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا مجيز له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفو ولذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار والمجانة والفسق كان العقد باطلا على قول ابي حنيفة على ما ذكرناه وهو الصحيح اما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا امر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال فلذا لا يجوز تزويجها استها بغبن فاحش لانه اضاعة مالها لان المهر ملكها ولا مقصود آخر باطن ليصرف النظر اليه فلا يعول عليه ويدل على ذلك تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي بار بعمائة درهم ولا شك في انه دون مهر مثلها لانها اشرف النساء فيلزم اما ان مهرها اكثر منه بل الا وهو اقل منه او انها مهر مثلها والاول منتف فلزم الثاني وهذا موقوف على ثبوت ان تزويجه صلى الله عليه وسلم اياها كان قبل البلوغ والا لا يفيد وقد يقال اذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة اعني قرابة الاب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لان المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك والجواب ان المظنة ما يغلب معها الحكمة ان لم تلزم فالمعروف بذلك ليس مظنة والحاصل ان تخصيص العلة والقول ان العلة مجموع قرابة الاب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه ومسئلة تزويج الاب ابنته من غير كفو جعلها غيره قدمناها والوجه من الجانبين

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها من احكام الولي والفضولي وبقي الرسول تذكره بعد ان شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير انها تستفاد من المولى على نفسه كانت ثانية للولاية الاصلية فاوردها ثانية في التعليم للباب الاول ثم ذكر ما غيرها من الفضول لتاخره عنها لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الوفاء لم تم فنزل عقد الفضولي كالشرط حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الاصل في السبب غير ان ابتداءه بالولي ان نظر فيه الى انه اقوى ناسب الابتداء به وان نظر الى ان عقد الاصل للوكيل اولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل قوله ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه الصغيرة بغير اذنها والبالغة باذنها فيقول اشهدوا اني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان او زوجتها من نفسي وقال زفر لا يجوز واذا اذنت المرأة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وصورتها ان يقول اشهدوا ان فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني ان ازوجها من نفسي وقد فعلت ذلك فلو لم ينسبها الى الجد ولم يعرفها الشهود فقال لا يعرف وسعة فيما بينه وبين الله تعالى وفي النوازل قال لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية الا يرى انه لو قال تزوجت امرأة وكلتني لا يجوز وعلى هذا الخلاف كل وكيل امرأة تزوجها من نفسه وذكر الخصاف رجل خطب امرأة فاجابته وكرهت ان يعلم اولياؤها فجعلت امرها في تزويجها الى الخاطب فقال الخاطب ذكر وقد سميتها عند الشهود وقال يقول اني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت امرها الي بان اتزوجها فاشهدكم اني تزوجت هذه المرأة

فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فلغا ولنا ان ركن التصرف

امرها الى على صداق كذا فينعقد النكاح قال شمس الائمة الحلوانی الخصاف كبير في العلم وهو ممن يقتدى به وقال في التجنيس وذكر في المنتقى ان مثل التعريف يكفي ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر يجوز وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود والاول اقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منها لان الشرط ليس شهادة تعتبر للاداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ثم رأيت في التجنيس انه هو المختار لان الحاضرة يعرف بالاشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها وهذا كله اذا لم يعرفها الشهود اما اذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح اذ عرف الشهود انه اراد المرأة التي يعرفونها لان المقصود من التسمية التعريف وقد حصل انتهى وبقولنا قال مالك رحمه الله واحمد وسفيان الثوري وابو ثور والظاهرية وقوله من نفسه احتراز عما وكلته ان يزوجها مطلقا فانه لو زوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو وكلت اجنبيا او وكل امرأة بان تزوجه فزوجته من نفسها لا يصح ايضا لزفر والشافعي ان الواحد لا يتصور على البناء للفاعل ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضادي حكمي التمليك والتملك ويوافقه الاثر وهو ما روي عنه صلى الله عليه وسلم كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل لا ان الشافعي يقول على احد الوجهين في الولي ضرورة اذ لا يتولاه غيره فلو منع من تولي شطريه امتنع اصلا لانه لو امر غيره بتزويجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته اليه فالتكلم هو بنفسه فلا فرق فيه في التحقيق وهذا الاستشهاد جار على اعتقاد المصنف ان الشافعي يقول في المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها ايضا لانه لا تثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور ان يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذي يجيزه الشافعي من تولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام انه لا يصح الا مباشر تمليكا وتملكا الا في الولي مع ذلك ضرورة لكنه منتف ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر حتى لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل على ما نذكر ولا ترجع حقوق العقد اليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة بخلاف البيع لا يصح ان يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشتري فانه فيه مباشر ترجع الحقوق اليه ويستغني عن الاضافة والواحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين والتمانع انما هو في الحقوق لا في نفس التلفظ فالذي يرجع اليه لا امتناع فيه والذي فيه الامتناع لا يرجع اليه ولا امتناع لكونه معبرا بعبارة الغير يكون ذلك العقد قائما باربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الاثر واعلم انه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه او اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى ان هذا على التشبيه والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول بعده وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الاسلام خواهر زاده وهذا اذا ذكر لفظا هو اصيل فيه اما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفي فان قال تزوجت فلانة يكفي فان قال زوجتها من نفسي لا يكفي لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهي ما ذكرناه آنفا صريحة في نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس ايضا في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنت اخيه من ابن اخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج ان يقول قبلت وكذا كل من يتولى طرفي العقد اذا اتى باحد شطري الايجاب يكفيه لا يحتاج الى الشطر الآخر لان اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين قوله فان كل عقد كالبيع والاجارة ونحوها صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة فاذا اجاز

صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد

من له الاجازة ثبت حكمه مستندا الى العقد وفسر المجيز في النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا او وكيلا او اصيلا وقال في فصل بيع الفضولي من النهاية الاصل عندنا ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن تبطل والشراء اذا وجد نفاذا ينفذ على العاقد والا توقف بيانه الصبي اذا باع ماله او اشترى او تزوج او زوج امته او كاتب عبده ونحوه يتوقف على اجازة الولي في حالة الصغر فلو بلغ قبل ان يجيزه الولي فاجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبي امرأته او خلعها او اعتق عبده على مال او دونه او وهب وتصدق او زوج عبده او باع ماله محاباة فاحشة او اشترى باكثر من القيمة بما لا يتغابن فيه او غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ولو اجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ اوقعت ذلك الطلاق والعتاق انتهى وهذا يوجب ان يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولي اذ لا توقف في هذه الصورة وان قبل فضولي آخر او ولي لعدم قدرة الولي على امضائها ولو اراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغي ان يقول له مجيز من يقدر على انفاذه ليصح جواب المسئلة اعني قوله انعقد موقوفا لان الصبي في الصورة المذكورة فضولي ولو قبل بعقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على انفاذه وعلى هذا لا يكون العقد شاملا لليمين لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته ان يقول اجنبي لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فانت طالق فانه يتوقف على اجازة الزوج فان اجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت ودخلت ثانيا طلقت كذا في الجامع وفي المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج اجزت الطلاق على فهو جائز ولو قال اجزت هذه اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الاجازة وعرف مما ذكرنا ان الصبي في التزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبي العاقل من اهل العبارة غير انه محتاج الى رأي الولي فالصواب ان يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء ويندرج المخاطب في ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولي فان اسم العقد لا يتم الا بالشطرين او ما يقوم مقامهما اعني قوله ما لا مجيز له اي ليس من يقدر على الاجازة يبطل كما اذا كان تحته حرة فزوجه الفضولي امة او اخت امرأته او خامسة او زوجه معتدة او مجنونة او صغيرة يتيمة في دار الحرب او اذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الامضاء حالة العقد لان دار الحرب ليس بها مسلم له الولاية حكما لكن تزويج اليتيمة فكان كالمكان الذي في دار الاسلام ليس له حاكم ولا سلطان فانه ايضا يتعذر تزويج الصغائر فيه اللاتي لا عصبة لهن فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فاجاز لا ينفذ اما اذا كان فيجب ان يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ولا يلزم على هذا المكاتب اذا تكفل بمال ثم اعتق حيث تقع هذه الكفالة حتى يؤخذ بها بعد الحرية وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها وكذا اذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم اجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وكذا لو اوصى بثلث ماله ثم عتق فاجاز الوصية يصح لان كفالته التزام المال في الذمة وذمته قابلة للالتزام لكن لا يظهر للحال لحق المولى فاذا زال المانع بالاعتاق ظهر موجبها والتوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما ينعقدان بلفظ الاجازة والانشاء لا يستدعي عقدا سابقا وكذا لو قال للآخر اجزت ان تطلق امرأتي او ان تعتق عبدي وان تكون وكيلي او ان تكون مالي وصية كان توكيلا ووصية بخلاف غيرها من التصرفات او قال اجزت عتق عبدي او ان تكون فلانة زوجتي او ان يكون مالي لفلان لا يتم ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولي فقال ان ركن العقد وهو الايجاب والقبول صدر من اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله وهو غير المحرمات الخالية فلا ضرر في انعقاده على التوقف لان الضرر في ابطاله بدون اختيار من له الاجازة فوجب ان ينعقد موقوفا على الاجازة حتى اذا رأى من له الاجازة المصلحة فيه ينفذه والا يتركه فاذ فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد وفيه مصلحة وهو توقفه على الاجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة بل هو الثابت فكان تصرف الفضولي هذا من باب الاعانة

ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هى التى قالت جميع ذلك وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولى والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما فى البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيترتب به

على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفوء والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذى قلنا لانه داخل فى عموم فعل الخيرات وقد يتراخى حكم العقد عن العقد كما فى البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشترى الى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه فى الحال على عقد الفضولى لا يوجب بطلانه والاولى ان يقال عقد يرجى نفعه وتحقق به حكمه ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى اذا رأى ان لا نفع فيه لا يقدر على اثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل اذا ليس من مصلحته وانما قلنا هذا لان قول صدر من اهله مضاف الى محله ويقول الشافعى ان اريد اهل العقد فى الجملة مسلم ولا يفيد وان اريد هذا العقد الذى فيه هو فضولى فممنوع بل اهله من له ولاية اثبات حكمه **قوله** ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة يعنى الغائبة من غير اذن سابق منها له فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فقبل آخر فبلغها فاجازت جاز وان لم يقبل احد لم يجز ولذلك ان كانت هى التى قالت جميع ذلك يعنى يكون العقد باطلا اذا قالت اشهدوا انى قد تزوجت فلانا يعنى الغائب من غير اذن سابق لها منه فبلغه الخبر فاجاز وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فقبل آخر عن الغائب فبلغه فاجاز جاز وان لم يقبل احد عن الغائب لم يجز وان اجاز هذا عند ابى حنيفة ومحمد رح وعلى هذا التفصيل وقال ابو يوسف فيهما يجوز اذا اجاز الغائب وان لم يقبل احد والحقت صورة ثالثة هى ان يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فضوليا من الجانبين ان قبل منه فضولى آخر توقف اتفاقا والا فعلى الخلاف فتحصل ست صور ثلاث اتفاقية وهى قول الرجل تزوجت فلانة والمرأة تزوجت فلانا والفضولى زوجت فلانا من فلانة وقبل آخر فيها وثلث خلافية هى هذه اذا لم يقبل احد ثم قال وحاصل الخلاف الخ يعنى اصل الخلاف اختلافهم فى ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب او وكيلا او وليا وقيد وبعضهم بما اذا تكلم بكلام واحد اما اذا تكلم بكلامين فيتوقف بالاتفاق ذكره فى شرح الكافى والحواشى ولا وجود لهذا القيد فى كلام اصحاب المذهب بل كلام محمد على ما فى الكافى للحاكم ابى الفضل الذى جمع كلام محمد مطلق عنه واصل المبسوط ما نقل عنه قال ويجوز للواحد ان ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين اذا كان وليا لهما او وكيلا ولا يجوز ذلك اذا كان وليا او وكيلا لاحدهما دون الآخر او لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما وعبارة المبسوط ايضا كذلك وانما هو من التصرفات والظاهر ان منشاه ما نقل من المبسوط من ان اصل الخلاف فى هذه الصور ان الشطر للعقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول ابى يوسف اولا ثم قال آخرا يتوقف فانه يدل على ان الفضولى لو تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق يعنى انه عقد لا شطر وان الخلاف فيما اذا تكلم بكلام واحد وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الاطلاق وتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضوليا من الجانبين وقوله فى الهداية فى وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح فى ان عدم توقف الشطر اتفاقى لان الالتزام لا يقع الا بستحق والا لم يصح فيخالف ما فى المبسوط وهو الراجح لانه لا يعلم خلاف فى انه اذا وجب احد المتعاقدين البيع او النكاح فلم يقبل الآخر فى المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق على ان شطر العقد لا يتوقف والا لجاز ان يقبل فى مجلس آخر حتى يتم النكاح والبيع عند ابى يوسف رح وليس كذلك والحق ان مبنى الخلاف فى ان ما يقوم بالفضولى عقد تام وشطره فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين **قوله** هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين نفذ اتفاقا وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع كلامه مقام كلامين فاذا كان فضوليا من الجانبين يتوقف لانه لا فارق الا وجود الاذن وعدمه واثره ليس الا فى النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف وحاصله قياس صورة عدم الاذن على صورة الاذن فى كونه عقدا تاما وثبوت التوقف بلا النفاذ **قوله** وصار كالخلع يعنى من جانبه والطلاق والاعتاق على مال

ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق

قياس على صور الفرق بينهما اذا قال خالعت امراتي او طلقتها على الف وهي غائبة فبلغها فاجازت جاز وكذا اعتقت عبدي على الف فبلغه فاجاز جاز كالاولى لنا ان العاقد تم به شطر العقد وشطره لا يتوقف اما الثانية فبالاتفاق واما الاولى فلانه شطر حال الحضرة اي خطاب الحاضر وقبوله فكذا حالة الغيبة لانه لا فرق بحال الا ان يتكلم بكلامين حالة الغيبة وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما لان كون كلام الواحد عقدا تاما هو كونه اثره مامورا من الطرفين او من طرف وله ولاية الطرف الآخر وهذا لان العقد عبارة عن كلام اثنين متعاقدين بدليل ان كلام الواحد ليس كلام اثنين لا حكما لانه لا ولاية له ولا اذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به فتمحض هذا التقرير بمنع كون الاذن ليس اثره الا في النفاذ بل تاثيره في النفاذ يستلزم تاثيره في كونه عقدا تاما وفي كون كلامه كلامين لتوقف النفاذ على ذلك ولو سلم عدم تاثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما لان كون الكلام عقدا تاما لازم شرعي مساو للنفاذ ولا اذن في الفضولي فالتحق حكمه بلازمه المساوي بخلاف الخلع والعتق لانه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لانه تعليق الطلاق والعتق بقبولها المال فيتم به اذ ليس عقدا حقيقيا وكذا لو كانت هي التي بدات بان قالت خالعت زوجي على الف لم يتوقف لانه من جانبها مبادلة وعورض بانه لو كان تعليقا لم يبطل لكنه يبطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول بطل وليس لها ان تقبل بعده اجيب لا يلزم من كونه تعليقا ان لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله انت طالق ان شئت تقتصر على وجود المشيئة في المجلس هذا اشد. **فروع** للفضولي في النكاح ان يفسخه قبل الاجازة عند ابي يوسف رحمه الله حتى لو اجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول ابي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد رحمه الله ويفرق بان حقوق العقد في البيع ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح هذا وتثبت الاجازة باجزت ونحوه بلا خلاف وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا واحسنت واصبت على المختار لاحتماله الاستهزاء لا ينفي ظهوره في الاجازة وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه وكذا اذا هناه فقبل التهنئة لانه دليل الرضا وكذا اذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لعبده لان تمرده يقتضي حمله على ما يناسبه من المتاركة وسياق الكلام فيه ولو زوجه الفضولي اربعا في عقدة وثلاثا في عقدة فطلق واحدة من فريق كان اجازة لنكاح ذلك الفريق لان الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فانكر ثم طلقها او قالت لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح الصحيح لان دعواها لم يظن كونها كذبا وتمرده ليكون ظاهرا في المتاركة بخلاف ما لو باشره العبد بلا اذن سيده وقوله بالفارسية باك نيست اجازة على ما اختاره ابو الليث لانه يستعمل للاجازة ظاهرا وشكل في ذلك في المراة وقبول المهر اجازة وقبول الهدية ليست باجازة لانه لا يتوقف صلاحيته على النكاح بخلاف المهر

قوله ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه ثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما هذا شروع في مسائل الوكيل ولا يشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل وانما ينبغي ان يشهد على الوكالة اذا خيف جحد الموكل اياها وقوله لم تلزمه واحدة منهما يعني اذا لم يعينها للوكيل وكانه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك اما اذا عينها فزوجه اياها مع اخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة ولو زوجه اياهما في عقدتين لزمه الاولى وتوقف الثانية لانه فضولي فيه ولو امره بثنتين في عقدة فزوجه واحدة جاز بخلاف ما لو امره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لان الجملة في البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر الا ان قال لا تزوجني الا امراتين في عقدة واحدة ثم افاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله لا وجه الى التنفيذ فيهما للمخالفة ولا الى تنفيذ احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لانها عدم لزوم واحدة منهما للزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها اذ له ان يجيز نكاحهما او نكاح احداهما ولا هو لازم كما ذكره بل لازم عدم

ومن امر اميرا بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رح رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو والله اعلم

امكان تنفيذها وتنفيذها منها شرعا وسعيا فاتحق اللزوم مطلقا وهو المطلوب وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احدهما بغير رضا الآخر منهما والبيان الى الزوج ثم رجع لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط واذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر من فروعه فالوكيل اذا خالف الى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده وليس منه ما اذا امره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس نكاحا لانه لا يفيد حكمه وهو الملك واما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما بل للفعل اذا لم يتمحض زنى بخلاف البيع الفاسد فانه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه الى البيع الصحيح خلافا الى خير فيلزم وليس منه ما اذا وكله بالنكاح بالف فلم ترض المراة حتى زاد الوكيل ثوبا من مال نفسه فانه لا ينفذ والنكاح موقوف على اجازة الزوج لانه خلاف الى ضرر لان الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الموكيل لانه متبرع ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك الا بعد الدخول فهو بالخيار ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لانه لم يعلم فان فارقها بعد الدخول فلها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك بخلاف ما لو امره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ولو امره بيضاء فزوجه سوداء او على القلب او من قبيلة فزوجه من اخرى او بامة فزوجه حرة لا يجوز ولو امره بمدبرة او مكاتبة او ام ولد جاز قوله ومن امره اميره ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رح رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا والتقييد بالامير مطلقا وان كان امير المؤمنين ليعلم ذلك في من دونه بطريق اولى فحاصل المسئلة اذا امر غيره بتزويجه فزوجه امراة لا كفاءة فيه ولا تهمة ولو زوجه امة لغيره او عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقا وقيل هو قوله خلافا لهما ولو زوج وكيل المراة المراة غير كفو قيل هو على الخلاف وقيل الصحيح انه لا يجوز اتفاقا والفرق لابي حنيفة رح ان المراة تعير بغير الكفو فيتقيد اطلاقها به بخلاف الرجل فانه لا يعير بعدم كفاءتها له لانه مستفرش والمرأة لا يغيظه دناءة الفراش اما لو كانت امة للوكيل فلا يجوز للتهمة ولهذا لو وكل امراة فزوجته نفسها او وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو زوج وكيل الرجل بنته او بنت ولده او بنت اخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة ولهما ان المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالاكفاء قلنا العرف مشترك اي الواقع من اهل العرف تزوجهم بالمكافيات وغير المكافيات فليس مختصا بتزويج المكافيات لينصرف الاطلاق اليه او عرف عملي فلا يصلح مقيدا للفظ اذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم اليه لفظ يقيده ولا يخفى ما في هذا الوجه وقولهم في الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة بمثله ليست العادة الا عرفا عمليا فالاولى الاول قال الاسبيجابي قولهما احسن للفتوى واختاره الفقيه ابو الليث وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزويج بالمكافية اشارة الى اختيار قولهما لان الاستحسان مقدم على غيره الا في المسائل المعلوم والحق ان قول ابي حنيفة رح ليس قياسا لانه اخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في اي الاستحسانين اولى وفي وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ ان هذه المسئلة دلت على ان الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال اذ ظهر ان قولهما ليس بناء عليه بل على ان الظاهر ان الاستعانة لا تحصل الا لتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم لان كل احد يقدر على ذلك بذاته ولو وكل بتزويج امراة فزوجها بمهر بالغبن اليسير جاز وبالفاحش عنده خلافا لهما والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا ان التهمة

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهر لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح

في حق الوكيل بالنكاح منتف بسبب عدم استغنائه عن اضافة العقد الى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير بخلاف الشراء فانه يستغني فيه عنه فتمكنت تهمة انه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله للموكل ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح الا ان يجيزه وكذا ان سمى الوكيل مثلا الفا فزوجه باكثر فان دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره ولان هذا الدخول ليس رضا لانه على اعتبار ان الوكيل لم يخالف اذ لم يعلم بخلافه بخلاف ما لو علم به قبل فان كان دخل بها فان فارقها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل فان كان الوكيل او الرسول ضمن المهر واخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح لزيادة في المهر لزم الوكيل او الرسول نصف المهر وليس له ان يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لانه لما لم يمتثل صار فضوليا ولو كانت هي الموكلة وسمت الفا مثلا فزوجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل ان اقر الزوج ان المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار ان شاءت اجازت النكاح بدينار وان شاءت ردته ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة عدة لها لانها لما ردت تبين ان الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة وان كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها فان ردت فباقي الجواب بحاله قال الصدر في التجنيس يجب ان يحتاط في مثل هذا الامر لانه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه اولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها الوكيل به ويكون القول قولها فتفسد النكاح وكذا هذا في سائر الاولياء اذا كانت المرأة بالغة وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل اصل المبسوط قال اذا ارسل الى المرأة رسولا حرا او عبدا صغيرا او كبيرا فهو سواء اذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا يسألك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها زوجته وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فان ذلك جائز اذا اقر الزوج بالرسالة او قامت عليه بينة فان لم يكن احدهما فلا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ولا يخفى ان مثل هذا بعينه في الوكيل ثم ذكر في الرسول فروعا كلها تجري في الوكيل لا بأس بذكرها قال فان كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد امرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان اقر بذلك او ثبت ببينة والضمان لازم للرسول ان كان من اهل الضمان فان جحد ولا بينة بالامر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لانه مقر بانه امره بذلك وان النكاح جائز وان لها قد لزمه واقراره على نفسه صحيح قال وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله على الوكيل المهر كله لان جحود الزوج ليس بفرقة وهذا يبين لك ان لا فرق في هذه الاحكام بين الرسول والوكيل ثم قال في المبسوط فقيل ما ذكرنا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وهناك قول محمد وابي يوسف الآخر بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا عنده فتقع الفرقة قبل الدخول ويسقط نصف المهر وعلى قول محمد رحمه الله لا ينفذ باطنا فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لاقراره به وقيل بل فيه روايتان ووجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره للنكاح ليس طلاقا فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه هذه انه انكر وجوبه عليه وهو يملك اسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يملكه قال فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكني ازوجه واضمن عنه المهر ففعل ثم اجاز الزوج جاز ولزم الزوج الضمان لان الاجازة كالاذن في الابتداء وان لم يجز لم يكن على الرسول شيء لان اصل السبب قد انتفى برده وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل

باب المهر حكم العقد يستعقبه في الوجود فعقبه اياه في البيان ليحاذي بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي **قوله** ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهر للاطلاق في ذلك لان النكاح عقد انضمام يعني ليس ماخوذا في مفهومه المال جنسا فيتم بدونه الا ان قوله عقد لا يستلزمه الا اذا اريد به في مفهومه زيادة شروط وهو منتف اذ قد ثبت زيادة عدم المهرية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ويؤيده ان المهر [illegible]

وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله وأقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز أن يكون ثمنا في البيع يجوز أن يكون مهرا لها لأنه حقها فيكون التقدير إليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر أقل

شرعا حكما له حيث أفاده بقوله فلا يحتاج إلى ذكره إذا لم يسم إبانة لشرف المحل بأنه وجب شرعا فالقول تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم تقييد الإحلال به وأما اعتباره حكما فالقول تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فإن رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس منفيا بل هو الحكم وأما أنه إبانة لشرفه فلعقلية ذلك إذ لم يشرع بدلا كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته على أن البدل النفقة وهذا الإظهار خطره ولا يستهان به وإذن فقد تأكد شرعا بإظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بإلزام المهر فحصل أن المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك يثبت مهر المثل عند عدم تسمية المهر **قوله** وكذا إذا تزوج بشرط أن لا مهر لها أي يصح النكاح وفيه خلاف مالك رحمه الله وجه قوله أن النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح فكذا النكاح بشرط أن لا مهر وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضا إلا أنا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود في المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على أن المهر حكم شرعا وإلا لما تم بدون التنصيص عليه ولا وجود لشيء بلا ركنه وشرطه بحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما وإذا ثبت به كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لا يفسد النكاح بخلاف البيع لأن الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه وبهذا ظهر أن ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت بذا وبيع الرهن بمهر المثل لأنه كالمسمى في كونه دينا فإن هلك وبه وفاء كانت مستوفية فإن طلقها قبل الدخول لزمها أن ترد ما زاد على قدر المتعة ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها أن تحبسه بالمتعة في قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لأنها خلفه والرهن بالشيء يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة وجه الآخر أنها دين آخر لأنها ثياب وهي غير الدراهم والدليل عليه أن الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ما إذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك بل يضمن تمام قيمته ففي قوله الأول لا ضمان عليها لأنها حابسة بحق وفي الآخر تضمن تمامه لأنها غاصبة ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها ولكنها في قوله الأول تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لها أن تطالبه بها **قوله** أقل المهر عشرة دراهم فضة وإن لم تكن مسكوكة بل تبرا وإنما شرط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد هذا عندنا وعند مالك رحمه الله ربع دينار وعند النخعي أربعون وقال الشافعي وأحمد رحمه الله ما يجوز كونه ثمنا لأنه حقها إذ جعل بدل البضع وهذا تتصرف فيه إبراء واستيفاء فيكون التقدير إليها ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيكم سقت إليها قال وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك أولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الأكثر وقيل ثلاثة وثلث وقيل النواة فيه نواة التمر وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا أو تمرا فقد استحل رواه أبو داود ولأن قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم محصنين يوجب وجود المال مطلقا فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وأنتم تمنعونه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رضي ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يتزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة رواه الدارقطني والبيهقي وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب الجمع فيحمل كل ما أفاد ظاهره كونه أقل من عشرة على أنه المعجل وذلك لأن العادة عندهم كان تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء إلى أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيئا لها نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس أن عليا لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يدخل بها فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال

من عشرة دراهم وانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة

اعطها درعا فاعطاها درعه ثم دخل بها لفظ ابي داود ورواه النسائي ومعلوم ان الصداق كان اربعمائة درهم وهي فضة لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رضي الله عنها قالت امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا رواه ابو داود فيحمل المنع المذكور على الندب اي ندب تقديم شيء ادخالا للمسرة عليها تألفا لقلبها واذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعا بين الاحاديث وكذا يحمل امره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على انه تقديم شيء تألفا ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك رواه ابو داود وهو محمل رواية الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فانه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات قيل لا تعارض ليحتاج الى الجمع فان حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن ارطاة وهما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده وهو ما عن علي رضي الله عنه قال لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر اقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني والبيهقي وقال محمد بلغنا ذلك عن علي وعبد الله بن عمر وعامر وابراهيم ورواه باسناده الى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا من المقدرات فلا يدرك الا سماعا لكن فيه داود الاودي عن الشعبي عن علي وداود هذا ضعفه ابن حبان ثم الحق ان وجود ما ينفي الظاهر تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث التمس ولو خاتما من حديد وحديث جابر من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا الحديث وحديث الترمذي وابن ماجة انه صلى الله عليه وسلم اجاز نكاح امرأة على نعلين صححه الترمذي وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم ادوا العلائق قيل وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من اراك وحديث الدارقطني عن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يضر احدكم بقليل ماله تزوج ام بكثيره بعد ان يشهد الا انها مضعفة ما سوى التمس فحديث من اعطى فيه اسحق بن جبريل قال في الميزان لا يعرف وضعفه الازدي ومسلم بن رومان مجهول ايضا وحديث النعلين وان صححه الترمذي فليس بصحيح فيه عاصم بن عبيد الله قال ابن الجوزي قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش الخطأ فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن السلماني قال ابن القطان قال البخاري منكر الحديث ورواه ابو داود في المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى ضعيف وحديث الخدري فيه ابو هارون العبدي قال ابن الجوزي قال حماد بن زيد كان كذابا وقال السعدي مثله مع احتمال كون تينك النعلين تساوي عشرة وكون العلائق ما سواه النفقة والكسوة ونحوها الا انه اعم من ذلك واحتمال التمس خاتما في المعجل وان قيل انه خلاف الظاهر لكن يجب المصير اليه لانه قال فيه بعده زوجتكها بما معك من القرآن فان حمل على تعليمها اياها معه او نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عد المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له والا لم يقبل ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعي في دلالته لا يمتنع للقطعي فيستدعي ان يكون قطعيا فاما اذا كان خبرا واحدا فلا فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من لزوم تقديم شيء ندبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن ينفي كون المحل على ذلك حالا بخبر واحد لم يصح عند المحدثين يستلزم الزيادة على النص لانه يقتضي تقييد الاحلال بمطلق المال فالقول بانه لا يحل الا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وانه لا يجوز فان قيل قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم ثم ذلك المعين مجمل فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما افاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على انه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كلا من النفقة والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا وكون المهر ايضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله خالصة لك يعني نفي المهر خالصة لك وغيرك قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير الصدر في تقدير المهر قياس حاصله المهر حق الشرع بالآية

ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان التسمية [illegible] كعدمها
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة
لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض
اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم
شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل

وسببه اظهار الخطر للبضع على ما تقدم ومطلق المال لا يستلزم الخطر لكثرة حقارته وكسرته وقد عهد في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بماله خطر وذلك عشرة في حد السرقة فيقدر به في استباحة البضع وهذا في رد المختلف فيه الى المختلف فيه فان حكم الاصل ممنوع فانهم لا يقدرون نصاب السرقة بعشرة وايضا المقدر في الاصل عشرة مسكوكة او ما يساويها ولا يشترط في المهر ذلك فلو سمى عشرة تبرا تساوي تسعة مسكوكة جاز اللهم الا ان يجعل استدلالا على انه مقدر خلافا للشافعي رح في نفيه **قوله** ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل قياسا على عدم التسمية بجامع ان تسمية الاقل تسمية ما لا يصلح مهرا وتسمية ما لا يصلح كعدمها فتسمية الاقل كعدم التسمية وعدم التسمية فيه مهر المثل فتسمية الاقل فيه مهر المثل وقولنا استحسان وله وجهان احدهما ان العشرة في كونها صداقا لا تتجزى شرعا وتسمية بعض ما لا يتجزى كله فهو كما لو تزوج نصفها او طلق نصف تطليقة حيث ينعقد ويقع طلقة فكذا التسمية لبعض العشرة والثاني وهو المذكور في الكتاب حاصله ان في المهر حقين حقها وهو ما زاد على العشرة الى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة وللانسان التصرف في حق نفسه بالاسقاط دون حق غيره فاذا رضيت بما دون العشرة فقد اسقطت من الحقين فيعمل في ما لها الاسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه فايجاب الزائد بلا موجب فان قيل القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لانه معارضة قلنا ابطاله ان التشبيه المذكور اما في الحكم ابتداء بان يدعى اندراج تسمية ما لا يصلح في عدمها فثبوت الحكم فيها اعني وجوب مهر المثل ح بالنص والاجماع دون القياس ح يمنع الاندراج واما في الجامع فهو القياس ليثبت حكم الجامع في محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع اذ قياس الشبه الطردي باطل ولا يعلم ما هو الا ان يعينه عدم القدرة على تسليم شيء اذ لا قدرة على تسليم العدم فح يمنع كلية الكبرى لان عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحشا وان عينه فوات الخطر الذي وجب لاجله المهر على ما قررتم قلنا يجب ما يتحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب واما الفساد المعلول لعدم التسمية الخ فيعني لا نسلم ان كل ما لا يصلح مهرا يكون كعدم التسمية في ايجاب مهر المثل لان عدمها يصار الى ان يكون لرضاها بمهر المثل فانه قد يكون بطلبها مهر المثل لمعرفة انه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لانها قد ترضى بعدمه تكرما على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد الى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع فيه ظهور ذلك والا لترك التسمية راسا لان زيادة التسمية ح تكلف امر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع انه مختلف في كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل بل الظاهر انها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الاصل فيه والا لكان اقرب مع انه لم يمس المبنى ثم فرع على الخلاف فقال ولو طلقها قبل الدخول اي في صورة تسمية ما دون العشرة فلها خمسة عند علمائنا الثلاثة لان موجب هذه التسمية عشرة وعنده المتعة وفي المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا او موزونا لان تقدير المهر او اعتباره عند العقد وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا تعتبر قيمته وقت القبض انتهى وعلم مما ذكرنا ان المراد ثوب بغير عينه اما لو كان بعينه فانها تملكه بنفس العقد كما سيعلم **قوله** فلها المسمى ان دخل بها الخ هذا اذا لم تكسد الدراهم المسماة فان كان تزوجها على دراهم

وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة وفيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالماً فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على مانبينه ان شاء الله

التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فانما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ماسيعرف **قوله** وبه يتأكد البدل اي يتأكد لزومه فانه كان قبل لازماً لكن على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة **قوله** والشيء بانتهائه يتقرر لان انتهاءه عبارة عن وجود تمامه فيستعقب مواجبه الممكن الزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة ويعلم من هذا الدليل ان موتها ايضاً كذلك فالاقتصار على موته اتفاق ولا اختلاف للاربعة في هذا سواء كانت حرة او امة **قوله** وان طلقها قبل الدخول والخلوة اي بعد ماسمي فلها نصف المهر ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الى ملك الزوج وعندنا لايبطل ملك المرأة في النصف الا بقضاء او رضاء لان الطلاق قبل الدخول اوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لايمنع ثبوت ملكها بالقبض فاولى ان لايمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو اعتق الزوج الجارية المهر بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمرأة نفذ عتقه في نصفها عنده وعندنا لاينفذ في شيء منها ولو قضاء القاضي بعد عتقه بنصفها له لاينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد اذا اعتقه البائع ثم رد عليه لاينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد ولو اعتقها المرأة بعد الطلاق نفذ في الكل وكذا ان باعت او وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي عندنا واذا نفذ تصرفها فقد تعذر ردها والنصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول كمن تزوج بكراً فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول فلا يوجب الا نصف المهر عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح كماله واختلف الرواية عن ابي يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع ابي حنيفة **قوله** والاقيسة فيه متعارضة جواب عن سوال مقدر هو ان الآية وهي قوله تعالى فنصف ما فرضتم عام في المفروض اعلى حكم التنصيف وقد خص منه ما اذا كان المفروض نحو الخمر وما اذا سمي بعد العقد الخالي عن التسمية فانه لايتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز ان يعارضه القياس وقد وجد وهو انه في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كاعتاق المشتري العبد المبيع واتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى او يقال هو رجوع المبدل اليها سالماً فكان كما اذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الاقيسة متعارضة فان مقتضى الاول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لايجب لها شيء اصلاً فتساقطا فبقي النص على ما كان عليه فكان المرجع اليه وعلى هذا يسقط ما اورد من ان مقتضى العبارة ان المصير الى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لان ذلك في نص لايعارضه القياس ومن ان القياسين اذا تعارضا لايتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في احدهما لان ذلك فيما اذا لم يكن عموم نص يرجع اليه لكن تقرير السوال على الوجه المذكور لايتوجه لان تمام معنى الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فتوجيه السوال بان النص قد خص وقياس الطلاق قبل الدخول على اتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب ان لايجب شيء باطل لانه ح فسخ لتمام موجب النص وتخصيص اذ لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء وليس نسخ العام المخصوص بالقياس بل يكفي به فلا يتوجه ليعارض باخر يمنعه من الاخراج وتقريره لا على انه جواب سوال يرد عليه ما ذكرنا انه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص الا ان يكون قصد ذكر الواقع في نفس الامر **قوله** وشرط يعني القدوري رح في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول ان يكون قبل

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها
وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها
فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر
وانما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها
فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر

الخلوة لانها كالدخول عندنا في تأكد تمام المهر بها قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ الاصل ان وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا
سواء سكت عن المهر او شرط نفيه او سمى في العقد وشرط رده او مثله من جنسه وصورته اذا تزوجها على الف على ان ترد اليه الفا صح ولها مهر مثلها
بمنزلة عدم التسمية لان الالف بمقابلة مثلها بقي النكاح بلا تسمية بخلاف ما لو تزوجها على الف على ان ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الالف
على مائة دينار ومهر مثلها فما اصاب الدنانير يكون صرفا يشترط فيه التقابض وما يخص مهر المثل يكون مهرا فان طلقها قبل الدخول ردت نصف
ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف لان المقابلة هنا بخلاف الجنس عند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ولو تفرقا قبل التقابض
بطل حصة الدنانير من الدراهم وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف اقل من عشرة تكمل لها عشرة ومن صور وجوبه ان تزوجها على حكمها او حكمه
او حكم آخر لانه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا ان في الاضافة الى نفسه ان حكم لها بقدر مهر المثل او اكثر صح او دونه فلا الا ان ترضى واليها
ان حكمت بمهر مثلها او اقل جاز او اكثر فلا الا ان يرضى والى الاجنبي ان حكم بمهر المثل جاز لا بما اقل الا ان ترضى ولا بالاكثر الا ان يرضى وكذا اذا تزوجها على
ما في بطن جاريته او اغنامه لا يصح بخلاف خلعها على ما في بطن جاريتها ونحوه يصح لان ما في البطن بعرضية ان يصير مالا بالانفصال وان لم يكن مالا في الحال
والعوض في الخلع يحتمل الاضافة كالخلع بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله ومثله ما يخرج نخله وما يكسب غلامه قوله او مات عنها وكذا اذا ماتت هي يجب
ايضا مهر المثل لورثتها قوله وقال الشافعي رح يعني في قول عنه لا يجب في الموت شيء للمفوضة وهو قول مالك رح في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا
قوله واكثرهم اي اكثر اصحابه قوله له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء اي بعد التسمية ولا يخفى ان هذا الاستدلال
يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقل عن الاكثر ولان عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة حسبها الميراث
ولنا ان سائلا سال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عنها في صورة موت الرجل فقال بعد شهر اقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطاء
فمن ابن ام عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله عنه بريئان ارى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان
ابو الجراح حامل راية الاشجعيين فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك هذا ففرح
ابن مسعود رح سرورا لم يسر مثله قط بعد اسلامه وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروى بفتحها كذا رواه اصحابنا رح وروى الترمذي والنسائي
وابو داود هذا الحديث بلفظ اخصر وهو ان ابن مسعود قال في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق لها الصداق كاملا وعليها
العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثله هذا لفظ ابي داود وله روايات اخر بالفاظ قال
البيهقي جميع روايات هذا الحديث واسانيدها صحاح والذي روي عن علي رضه فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوي الا ابا بكر الصديق رضه ولم ير هذا الرجل
ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك ومن انكر ثبوته تابعنا الى الحفاظ المنذري قوله ولنا ان المهر وجب حقا للشرع اي وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمناه آنفا
يصير حقها في حالة البقاء اي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعا حق اخذه فتتمكن رح من الابراء والمصادفة حقها دون نفيه ابتداء لكن الخ
قوله ثم هذه المتعة هي متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد واجبة عندنا وعند الشافعي واحمد رح وخصها احترازا
عن غيرها من النساء فان المتعة لغيرها مستحبة الا لمن سنذكر وقوله رجوعا الى الامر هو قوله تعالى ومتعوهن عقيب قوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء
ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة اي ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف الى المطلقات قبل الفرض والمسيس بخلاف المدخول بها فان المتعة

وفيه خلاف مالك رحمه الله. والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة، وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم. وقوله من كسوة مثلها إشارة إلى أنه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل، والصحيح أنه يعتبر حاله عملاً بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الأصل. وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسميته فهي لها إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله أولاً نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه مفروض فيتنصف بالنص. ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته، والمراد بما تلا الفرض في العقد إذ هو الفرض المتعارف. **قال** فإن زادها في المهر بعد العقد

مسمى لها فرض لها أو لا **(قوله وفيه خلاف مالك)** فمذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور إلا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض إلا أن تجيء الفرقة من جهتها في جميع الصور. وجه قوله تعليقه بالمحسن أعني الأمر المذكور بقوله سبحانه حقاً على المحسنين وهم المتطوعون فيكون ذلك قرينة صرف الأمر المذكور إلى الندب، والجواب منع قصر المحسنين على المتطوع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضاً فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفاً للأمر عن الوجوب مع ما انضم إليه من لفظ حقاً وعلى **(قوله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة)** قدر بها لأنها اللبس الوسط لأنها تصلي وتخرج غالباً فيها. وفي المبسوط كسوة المتعة درع وخمار وملحفة، وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي، وحيث قدر به ومع فهم اللغة يعرف منه أن لفظ متعة لا يقال في إعطاء الدراهم بل فيما سواها من الأثاث والأمتعة وهو المتبادر إلى الفهم أيضاً فلا يقدر بالدراهم وإن لم يمتنع أن يقع على الدراهم أيضاً لأن الشأن في المتبادر من اللفظ، وعن الشافعي رحمه الله تقديره بثلاثين درهماً لا باجتهاد الحاكم وفيما يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالها لأن الأثواب معتبرة بحالها على ما هو الأشبه بالنفقة لأن في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والدنيئة وهو منكر بين الناس. قيل يعتبر حالها وهو الذي يشير إليه قول القدوري من كسوة مثلها وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فإنها إنما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلفه، وهكذا في النفقة والكسوة فإن كانت من السفلة فمن الكرباس وإن كانت وسطاً فمن القز وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم. وأطلق في الذخيرة كونها وسطاً لا في غاية الجودة ولا في غاية الرداءة، ولا يوافق رأياً من الثلاثة أعني اعتبار حاله أو حالها أو حالهما. وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف وصححه عملاً بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، وقد يقال إن هذا ينافي قولهم إن المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لأنها خلفه، فإن كانا سواء فالواجب المتعة لأنها الفريضة بالكتاب العزيز، وإن كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها خمسة، وهذا كله نص الأصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها، وهذا لأن مهر المثل هو العوض الأصلي لكنه تعذر تنصيفه لجهالته فيصار إلى المتعة خلفاً عنه فلا يجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لأن أقل المهر عشرة. ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لا يسقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره به، وذلك أجيب بأن النكاح الذي فيه التسمية في المال أقوى من نكاح لا تسمية فيه، وفي الأقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول أكثر من نصف ما كان واجباً قبله فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه، وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزاد بالطلاق قبل الدخول على نصفه. ثم لا تجب المتعة إلا إذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والإيلاء واللعان والجب والعنة وردته وإبائه وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة، وإن جاءت من جهتها فلا تجب كردتها وإبائها وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة، وكما لا تجب المتعة بسبب مجيء الفرقة من قبلها لا تستحب لها أيضاً لجنايتها، ومقتضى هذا أن لا تستحب في خيارها فينبغي أن يقال بجنايتها أو رضاها به. واستحباب المتعة لإيجابها بالطلاق، وكذا الفسخ بخيار البلوغ أو اشترى هو أو وكيله منكوحته أو باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة، وكل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجوده، وفي كل موضع تجب فيه يجب، والواجب بالعقد هو المسمى ومهر المثل إن لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه، وقيل كله ثم يجب النصف بطريق المتعة **(قوله وعلى قول أبي يوسف الأول)** إشارة إلى أن قوله الآخر كقولهما **(قوله فيتنصف بالنص)** يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم فإنه يتناول ما فرض في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي، فإن لها أن ترفعه إلى القاضي ليفرض لها إذا لم يكن فرض لها في العقد **(قوله ولنا أن هذا تعيين لمهر المثل)** وذلك لأن هذا العقد حين العقد موجب لمهر المثل لأن ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر، وثبوت الملزوم لا يتخلف عنه

لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف رحمه الله اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص

بثبوت اللازم فاذا كان الثابت بلزوم مهر المثل يتنصف ما فرض بعد العقد والفرض المنصف في النص اعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم يجب حمله على المفروض في العقد بالضرورة لانا لما بينا ان المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وان الاجماع على عدم تنصيفه لزم بالضرورة ان المتنصف بالنص ما فرض بالعقد على ان المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق انه اوجبه في العقد فيتقيد كذلك نصف ما فرضتم ضرورة ان المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد وهذا من اسم تقييد للعرف العملي بعد ما منع منه في الفصل السابق حيث قال وهو عرف عملي ولا يصلح مقيدا للفظ وقدمنا ان الحق التقييد به وفي الغاية والدراية لا يتناول غيره اي غير المفروض في العقد اذ المطلق لا عموم له وليس بشئ لان المطلق المتعرض للجوهر والذات فيتناول المفروض على اي صفة كانت سواء كان في العقد او بعده بتراضيهما او بفرض القاضي عليه لو رافعته يفرض لها فالصواب ما ذكرنا من ان المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وان الفرض لتعيين كميته ليمكن دفعه وهو لا يتنصف اجماعا فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا ولان غيره غير متبادر لندرة وجوده **فرع** لو عقد بعد التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد ولا شفعة فيها للشفيع لما قلنا ان المفروض بعده تقدير لمهر المثل لا مهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها ان ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان سمى في العقد ثم باعها به الدار فان فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر وان طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق **قوله** لزمته الزيادة خلافا لزفر والشافعي رحمه الله لانها لو صحت بعد العقد لزم كون الشئ بدل ملكه قلنا اللزوم منتف على تقدير الالتحاق باصل العقد وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها والدليل على الصحة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فانه يتناول ما تراضيا على الحاقه واسقاطه ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على الف فان قبلت لزمت والا فلا لان هذه زيادة وقبولها شرط في اللزوم ويناسب هذه مسئلة التراضي لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقدا في العلانية باكثر منه ان اتفقا على ان العلانية هزل فالمهر مهر السر وان اختلفا فادعى الزوج المواضعة وانكرت فالقول لها هذا ان اتحد الجنس فان اختلفا فانه ينعقد بمهر المثل ولو عقدا في السر بالف واظهرا الفين فكذلك ان اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر وان اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية الا ان يكون اشهد عليها او على وليها الذي زوجها انه هزل واقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقدا في السر بالف ثم عقدا في العلانية بالفين واشهدا ان العلانية سمعة فالسر وان لم يشهدا فقال الصدر الشهيد عند ابي حنيفة رحمه الله المهر مهر السر وعند محمد مهر العلانية وذكر القاضي الامام ابا يوسف مكان محمد وجعل محمدا مع ابي حنيفة قال لو تزوج امراة بالف ثم جدد بالفي درهم اختلفوا فيه كتب خواهر زاده ان على قول ابي حنيفة ومحمد لا تلزم الالف الثانية وعلى قول ابي يوسف يلزمه الالف الثانية وذكر في المحيط قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وفي شرح الطحاوي تزوجها على الف ثم الفين لا يثبت الثاني خلافا لابي يوسف وعلل عدم الثبوت بانهما قصدا اثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة فاتفقت هذه النقول على ان قول ابي حنيفة عدم الثاني وعلى عكس هذا حكى الخلاف في الكافي والشيخ حافظ الدين قال تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على الف ثم تزوجها في العلانية بالفين فمهرها الفا درهم ويكون هذا زيادة في المهر عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف المهر هو الاول وهذا هو ظاهر المنصوص في الاصل وعليه مشى شمس الائمة ان عند ابي حنيفة رحمه الله المهر مهر العلانية قال في المبسوط اذا تعاقدا في السر بالف واشهدا انهما يجددان العقد بالفين سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثاني بعد الاول لغو وبالاشهاد جعلنا

بالمفروض في العقد وعندهما المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر

انما قصدا الهزل بما سمياه فيه وان لم يشهدا على ذلك فالذي اشار اليه في الكتاب المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا هذا عند ابي حنيفة فاما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه لغو من الزيادة يلغو وعن عند ابي حنيفة رحمه الله ان العقد الثاني ان كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني لما لغي صريح كلامه عندهما في حق النسب وعنده وان لغي صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق انتهى كلام شمس الائمة وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني قوله اشار في الكتاب الى ان المهر مهر العلانية هو والمراد اطلاق اعتبار العلانية في الاصل فان عبارته فيه اذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية باكثر منه يوخذ العلانية فالتسمية في العلانية يشمل ما اذا شهدا على ان العلانية هزل غير مقصود واذا لم يشهدا على ذلك وما اذا كان التسمية ليس في ضمن عقد بل مجرد اظهار على ما هو حكم اول صور المواضعة وهنا عليه او في ضمنه فاخرجه الدليل فخرج ويبقى الباقي ولا اختلاف في اعتبار الاول اذا شهدا على هزلية الثاني واعترفا به مطلقا فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو في ضمن عقد مرادا تنقلها وظاهر ان الخلاف فيه فيتم لشذوذه والله سبحانه اعلم وذكر عصام ان عليه الفتوى ولم يذكر خلافا وان ذكر في المحيط عنه انه ذكر في كتاب الاقرار انه لا يثبت الزيادة فانما حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول ابي حنيفة المعلولان وضع الاصل لافادة قوله وكان قاضي الامام قاضي خان انما افتى بانه لا يجب باستعداث شي الا اذا عني به الزيادة في المهر لما علم انه علة اعتبار العلانية فيما اذا جدد او لم يشهد اكونه زيادة لكن الاوجه الاطلاق فان ذلك ينبغي ان يسال الزوجان عن مرادهما قبل الحكم وقد يذكر الزوج القصد ويفتح باب لخصومه من غير حاجة الى ذلك لانه اذا كان الثابت شرعا جواز الزيادة في المهر بالكلام الثاني يعطيه ما ذكرنا من غير ما قبل يجب الحكم بمقتضاه بل يجب انه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك نعم ويشكل ايضا انه يجب الالفان مع الالف السر فيجتمع عليه ثلاثة آلاف لان الاول قد ثبت وجوبه بثبوته لا مرد له والمفروض كون الثاني زيادة فيجب بكماله مع الاول ومن ثم ذكر في الدراية عن شرح الاسبيجابي جدد على الف ثبت التسميتان عند ابي حنيفة وعندهما لا يثبت الثانية وكذا لو راجع المطلقة بالف وفي النوازل عن الفقيه ابي الليث رحمه الله اذا جدد يجب كلا المهرين ووجه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار ارادة الاول ضمن الكلام الثاني لان الظاهر كون المقصود تغيير الاول الى الثاني والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والاطلاق المستظهر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه اذا لم يشهدا من حيث الحكم ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الامر ولا شك انه يلزم عند الله تعالى اذا قصد الزيادة فاما اذا لم يقصدا حتى كانا هازلين في نفس الامر فلا يلزم عند الله شي حتى لا يطالب به في الحقيقة ويلزم ذلك في حكم القاضي لانه يواخذه بظاهر فعله الا ان يشهدا على خلافه وما قيل انه لا يجب المهر الثاني الا اذا كانت قالت لا ارضى بالمهر الاول اي براءته ثم قالت لا اقيم معك بدون مهر فاما اذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي وحاصله اعتبار قرينة ارادة الزيادة واختلافهم فيما اذا كان التجديد بعد هبتها المهر الاول انه هل وجوب الثاني على الخلاف او ان الاتفاق على عدم وجوبه غير بعيد اذ قد يقال كون الزيادة يستدعي قيام المزيد عليه وبالهبة انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه وقد يقال انما يستدعي دخوله في الوجود لا بقاءه الى وقت الزيادة فيصلح منشاء للخلاف في ثبوته على الخلاف او عدم ثبوته بالاتفاق وفي الفتاوى امرأة وهبت مهرها من زوجها اشهدان لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه والمختار عند الفقيه ابي الليث ان اقراره جائز اذا قبلت ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما امكن وقد امكن بان يجعل كانه زاد لها

لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطئ فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل وبعمرة او كانت حائضا فليست بخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور

في المهر انما شرطنا القبول لان الزيادة في المهر لا تصح الا بقبول المراة انتهى والخلاف المشار اليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذي قبله لانه في صورة بينها المهر والقيد وهو قبول الا انه صحيح لا يخالف المنقول عن ابي حنيفة وذلك لان المنقول هو ما اذا جددا وعقدا ثانيا باكثر ما يفيد اجتماعهما على الامر الثاني وذلك يفيد قولنا الثاني بلا شبهة بخلاف هذه الصورة فان المذكور فيها ان الزوج اقر او شهد ونحوه مما يستلزم ذلك **قوله** لان المعقود عليه وهو منافع بضعها انما يصير مستوفى بالوطئ ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء ولا يجب كمال المهر **قوله** ولنا انها سلمت المبدل الخ يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم **قوله** اعتبارا بالبيع والاجارة يعني ان الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة الاستيفاء المنفعة كالبيع والاجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم اليه وان لم يستوف المشتري والمستاجر منفعة اصلا فكذا في المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل اولى واما قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فالمجاز فيها متحتم لانه انما حمل المس على الوطئ كما يقول فهو من اطلاق اسم السبب على المسبب والاوجه انه من اطلاق اسم المطلق على اخص بخصوصه وان حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب اذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن وترجح الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امراة او نظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل رواه الدارقطني والشيخ ابو بكر الرازي في احكامه وقد يقال يجب ان لا يعتبر هذا خلاف الاول مجازا الا مجازيتم الحقيقة والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيهما والالزام انه لو طلقها وقد وطئها بحضرة الناس وجب نصف المهر لانه طلقها قبل الخلوة والفرض انما المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة ويجاب بان ثبوت الكمال في الصورة بالاجماع للاجماع على انه تسليم المبدل مع او حلا اجماع على وجوب كماله بالخلوة كما نقل الشيخ ابو بكر الرازي في احكامه حيث قال هو اتفاق الصدر الاول وحكى الطحاوي فيه اجماع الصحابة وقال ابن المنذر هو قول عمر رضه وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم اجمعين ويوافقه قوله تعالى وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض اوجب جميع المهر بالافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول في الفضاء قال الفراء فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذي هو معنى النص مخصوصا اخرج منه الصورة التي اوردنا او الدليل على وجوب المخصص الاجماع المذكور ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنا بامراة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزويج قبل تمام الزنا والمهر المسمى بالنكاح لان هذا يزيد على الخلوة **قوله** وان كان احدهما مريضا شرع في بيان موانع صحة الخلوة وعبارة شرح الطحاوي فيه جامعة قال الخلوة الصحيحة ان يخلو بها في مكان يامنان اطلاع الناس عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الاعظم والسطح الذي ليس على جوانبه ستر وكذا اذا كان الستر رقيقا او قصيرا بحيث لو قام انسان اطلع عليهما وان لا يكون مانع من الوطئ حسا ولا طبعا ولا شرعا انتهى ومن فصل الموانع فذكر منها الرتق والقرن والعفل وان تكون شعراء او صغيرة لا تطيق الجماع او هو صغير لا يقدر عليه قال بعضهم شيئي ويتحرك آلته ينبغي ان يجب كمال المهر واذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين ان يكون بصيرا او اعمى يقظان او نائما بالغا او صبيا يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم فان كان صبيا لا يعقل او مجنونا او مغمى عليه لا يمنع وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان وزوجته الاخرى مانعة اليه رجع محمد ره والجارية لا تمنع وفي جوامع الفقه جاريتها تمنع بخلاف جاريته وفي شرح المجمع في امته روايتان والكلب العقور يمنع وغير العقور ان كان لها منع او له لا يمنع وعندي ان كلبه لا يمنع وان كان عقورا لان الكلب قط لا يتعدى

بهذا التفصيل في صومها اما صوم رمضان فلما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فله كمال المهر لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة رح ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به **قال** وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه ذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لعدم التمكن حقيقة **قال** وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا

على سيده وهل على من جنبه سيده عنه ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها الى مكان خال فهي صحيحة ولا تقع الخلوة في المسجد والحمام وقال شداد ان كانت ظلمة شديدة صحت لانها كالساتر على قياس قوله تقع على سطح لا ساتر له اذا كانت ظلمة شديدة والاوجه ان لا تقع لان المانع الاحساس لا يختص بالبصر الا ترى الى الامتناع لوجود الاعمى ولا ابصار للاحساس ولا تقع في بستان ليس له باب وتقع في محمل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وان كان نهارا والجادة المتبعة كذلك ولو كانا في حجرة من خان يسكنه الناس فردا الباب ولم يغلق والناس قعود في وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت وان كانوا مترصدين لا تصح وهذه الموانع من قبيل الحسي ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت او دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند ابي الليث وتصح عند الفقيه ابي بكر وكذا لو كانت نائمة ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح ثم ان الاول لو قال ان خلوت بك فانت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر الثاني الزوج ان يدخل بزوجته اذا كانت تطيق الجماع فخج تقديره وقد قدر بالبلوغ وبالتسع واعلم ان اصحابنا اقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الاحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة ومراعات وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الاحصان وحلها للاول والرجعة والميراث وحرمة البنات يعني اذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعا واذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة والاحتياط الواجب في هذه الاحكام وفي شرح الشافي ذكر تزويج البنت على عكس هذا ففيه خلاف واما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والاشبه وقوعه لان الاحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب ان يقع احتياطا قوله وهذا التفصيل في مرضها قال الصدر الشهيد هو الصحيح قوله وهذا القول اي رواية المنتقى في حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها اما في حق جواز الافطار فالصحيح غيرها وهو انه لا يباح الا بعذر وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثا ان رواية المنتقى في جواز الافطار بلا عذر ثم وجوب القضاء اقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المص هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن ابي حنيفة انه يمنع لانه يمنع الجماع ويجعلها كالما فيه من ابطال العمل قوله ادير على سلامة الآلة فيبطل ان خلوة الخصي صحيحة وهو كذلك بالاتفاق قوله والعدة واجبة في جميع المسائل اي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا الى التمكن الحقيقي وكذا في المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق ولذا يثبت نسب الولد منه عند ابي سليمان ذكر التمرتاشي ان علم انه ينزل يثبت وان علم بخلافه فلا عليها العدة والاول احسن وعلم القاضي بانه ينزل او لا ربما يتعذر او يتعسر قال العتابي تكلم مشائخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهرا او حقيقة فقيل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء وقوله والعدة حق الشرع ولذا لا تسقط لو اسقطاها ولا تحل لاجنبي ولو اذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد والولد اي وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره فلا يصدقان في ابطاله باتفاقهما على عدم الوطء بخلاف المهر لانه مال فلا يحتاط في ايجابه غير ان في وجه الاستدلال بالحديث سهلا انما حق الولد تأملا قوله وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل وما قاله قال التمرتاشي وقاضيخان ويؤيده ما ذكره العتابي الا ان الاوجه على هذا ان يخص الصغير بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما وهم ان قالوا ولو جوب العدة بالخلوة انما هو في النكاح الصحيح اما النكاح الفاسد فلا يجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا اي لكل من المصنف والمختصر اشكال اما الاول فان المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر داخلة

وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر، ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل وإذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه المتزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رحمه الله بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

في موضع المتعة واجبة لها واما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر في المبسوط والمحيط والمختلف والمصفى المختلف لها ... الاول لان الاستحباب مستعمل في اعم من الوجوب يعني انه بالمعنى اللغوي او هو عام مخصوص بالصور السابقة وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها كأنه قال وتستحب لكل مطلقة غير تلك وعن الشافعي انه قول القدوري تبعه فيه وفي بعض مشكلات القدوري المتعة اربعة اقسام واجبة وهي ما تقدم ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها والرابعة ليست لواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها لان نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة وقيل الصحيح ان هنا تغييرا وقع من الكاتب فذكر بعضهم ان في بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ونقل في الدراية ضبط كذلك عن غير واحد قوله وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه وعن احمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك وجه قول الشافعي انها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص واما في المدخول بها فلان وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للايحاش بالطلاق وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فيجب فيها للايحاش واما التي لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر لها الثابت بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم بطريق المتعة اي بطريق ايجاب المتعة في غيرها وهو جبر صدع الايحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة اخرى والا تكررت وقوله فسخ مجاز لانه وقع طلاقا حتى انتقص عدد الطلاق لكنه كالفسخ من جهة انه كالاقالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالما اليها فلا يلزم كون ما ذكره على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لانه فسخ ثم يجب بطريق المتعة على ما القول المحققين انه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله ايضا قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين خص منها تلك المطلقة بنص نصف ما فرضتم حيث تمام حكمها به يحمل قوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات الى قوله فمتعوهن على غير المفروض لها لتقليته ان نصف مهرها بطريق المتعة قوله ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة بكسر الواو ووقع به السماع لانها مفوضة نفسها الى وليها وللزوج ويجوز فتحها اي فوضها وليها الى الزوج وهي التي زوجت بلا مهر مسمى وحاصله منع كون علة الوجوب في الاصل وهي المفوضة الايحاش وابطل مناسبة العلية آخرا بقوله وهو غير جان في الايحاش لانه باذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لانه اقرب الى ثم من علم انه تعالى اسقطها كالواجب لها ثم اوجب لها شيئا آخر مكانه وعلم ان لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لا تصلي والفاجرة ولا سقوطا في المدخول بها مطلقا فلا تجب لها لانتفاء العلة المساوية ولا نسلم ان ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول غير ان بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين اما ان اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن لانهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن او يراد بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها واما غير المدخول بها المسمى لها فحمل للاتفاق واخص فيهما الاستحباب في المدخولات بقوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وهن مدخولات قوله واذا زوج الرجل ابنته على ان يزوجه المزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فسمى صداقا فيه وانما قيد به لانه لو لم يقل على ان يكون بضع كل صداق للاخرى او معناه بل قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد او قوله على ان يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا لم يكن شغارا بل نكاحا صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب مهر المثل وقال الشافعي رح بطل العقد بالمنقول

وإن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لأن ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لأنه بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لأنه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره

والمنقول أما الأول فحديث ابن عمر رضي الله عنهما أخرجه الستة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا وعنه صلى الله عليه وسلم قال لا شغار في الإسلام والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي إلى كل ولي يزوج موليته على أن يزوجه الآخر موليته كسيد الأمة يزوج أمته على أن يزوجه الآخر موليته كذلك وأما الثاني فإن كل بضع صداق ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل والإطناب في تقريره مستغنى عنه والجواب عن الأول أن متعلق النهي والنفي مسمى الشغار والمأخوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليه شرعا فلا نثبت النكاح كذلك بل نبطله فيبقى نكاحا سمي فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير فما هو متعلق النهي لم نثبته وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته أعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصلح مهرا فإنا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناه وعن الثاني بتسليم بطلان الاشتراك في هذا الباب ونحن إنما نبطل ما ذكره من الاستحقاق وقد أبطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر بضعه فبقي كذا منكوحا في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح بخلاف ما لو زوجت نفسها من رجلين فإن بطلان الاشتراك فيه لم يستلزم بطلان النكاح وإنما استلزامه عدم موجب التعيين لعدم الأولوية. **قوله** وإن تزوج حر امرأة على خدمته سنة فلها مهر مثلها وقال محمد رح في الجامع لها قيمة خدمته سنة ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول أبي يوسف فقال السيد والأحسن أن ينبغي أن يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة وهو الأظهر والأعلم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير. **قوله** وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين أي وجهي حرية الزوج وعبديته. **قوله** وكذا المنافع على أصلنا قصر النظر على هذه النكتة يوجب أن لا يصح تسمية شيء من المنافع وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الأعيان ما خلا خدمة الحر ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر وهذا هو الموافق لما في جامع قاضي خان وشرح الكنز للشيخ فخر الدين الزيلعي وما قال في البدائع لو تزوجها على منافع سائر الأعيان من سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه يعني أن تزرع هي أرضه ونحوها من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه المنافع أموال أو ألحقت بالأموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وإمكان الدفع ثابت بتسليم محالها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح وفي الغاية معزيا إلى المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها لأنه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه وأنت إذا تأملت تعليل محمد رح وجوب قيمة الخدمة بأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما نفي ماليته بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال أفيد أنه لو ألحق تسليمه الحق بالأموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لا محالة وتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر ثم بعد هذا يجب أن ينظر فإن لم يكن بأمره ولم يجزه وجب قيمتها وإن كان بأمره فإن كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى قيمتها وإن لم تستدع ذلك وجب تسليمها وإن كان غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر يصير أحق بها لأنه أجير واحد فإن صرفته في الأول فكالأول أو في الثاني فكالثاني وقد زال المبهم الريب أثر قوله بخلاف خدمة حر آخر إذ لا مناقضة والحاصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز التزوج عليها وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة وحر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الأجرة على ذلك كالأذان والإمامة والحج وعند الشافعي رح يجوز

[illegible]

اتخذ الاجرة على هذه مع لسيتها واختلفت الرواية فى رعى غنمها وزراعة ارضها للتردد فى كونها خدمة وعدمه وكون الاوجه الصحة لنقص قصتها

قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه فى شرعنا انما يلزم لو كان الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف **قوله** بخلاف رعى الاغنام لانه يعنى انه لم يتمحض خدمة لها اذ العادة اشتراك الزوجين فى القيام على مصالح مالهما اى يقوم كل بمصالح مال الآخر على انه ممنوع فى رواية الا ذلك بخلاف رعى الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الاصل والجامع وهو الاصح يعنى على ان يزرع لها ارضها يجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا الا يرى ان الابن اذا استاجر اباه للخدمة لا تجوز ولو استاجره للرعى والزراعة تصح انتهى **فروع** واذا اعتق امته وجعل عتقها صداقها كان يقول اعتقتك على ان تتزوجينى فتمسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهى بالخيار فى تزوجه فان تزوجته فلها مهر مثلها خلافا لابى يوسف له الحديث الصحيح انه صلى الله عليه وسلم تزوج صفية وجعل عتقها صداقها قلنا نص كتاب الله تعالى بين المال فانه بعد عد المحرمات احل ما وراء هن مقيدا بالابتغاء بالمال قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين الآية وقول الراوى ذلك كناية عن عدم المهر يعنى اعتقها وتزوجها ولم يكن شئ غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبى صلى الله عليه وسلم دون غيره وغاية ما فيه ان ما ذكرناه محتمل لفظ الراوى فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب ان ابت ان تتزوجه الزمناها بقيمتها ولو كانت الجارية ام ولد فاعتقها على ذلك فابت قال ابو حنيفة رح لا تجب عليها قيمتها لان رقها غير متقوم عنده ولو قالت لعبدها اعتقتك على ان تتزوجنى بالف او على ان تعطينى الفا فقبل عتق فان ابى ان يتزوجها فعليه قيمة نفسه وان تزوجها بالف قسم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها فما اصاب الرقبة قيمته وما اصاب المهر مهر يتنصف بالطلاق قبل الدخول **قوله** فان تزوجها على الف وحاصل وجوهها اذا تزوجها على مسمى فاما ان يكون دراهم او دنانير او المكيل او الموزون غير المعين بخلاف المعين منها فانه كالعرض واما من العروض والحيوان معينا او فى الذمة ففى الاول ان وهبت الكل او نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا او قبله لم يرجع بشئ خلافا لزفر او بعد قبض نصفه لم يرجع بشئ خلافا لهما وقالا يرجع بنصف المقبوض كاشا ما كان من النسبة حتى لو كانت وهبته اقل من النصف وقبضت الباقى رجع عليها بنصف المقبوض وعنده يرجع الى تمام نصف الصداق وفى الثانى لا يرجع بشئ مطلقا قبضت او لم تقبض واوجب زفر رح رجوعه بنصف قيمة العرض وجه الاتفاقية فى الاول ان المقبوض ليس نفس المهر لانه وصف فى الذمة بل شئ يقع به المقاصة فظهر ان الواصل اليه غير ما استحقه بالطلاق اعنى نصف المهر الا يرى ان لها ان تمسك ما اخذته منه وتعطيه غيره اذا طلقها قبل الدخول بعد القبض وتقرير المعنى ان الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست الاصلية فيدل على انها ليست عين الواجب كونها لها ان تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق وجه قول زفر رح فى ثانى شقى الاول ان الواصل اليه وان كان نفس الدين لكن وصل اليه بسبب غير الطلاق وهو الابراء كما هو سبب من الابراء وغيره سببا عن الطلاق لما عرف من ان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا اصله حديث بريرة فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل اليه عين ما يستحقه فصارت كالاول وجه الاستحسان ان المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالابراء فحين ثبت الطلاق لم يوجد شيئا لعدم معاوضة شغل الذمة بالمهر وهو محل اثره لانه انما يظهر فى محل الذمة بالاسقاط فوجوده ليس شيئا آخر كما قال انه يرجع عليها بخمسمائة حين كان ذلك غير موجب فى محله وصار كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله ثم حل الاجل لا يجب شئ آخر وهذا ما قلت بالتقرير فكذا هنا لك والتخلف فى منع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تشخيص الدعوى بالاعيان [illegible] كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك

بخلاف ما اذا كان المهر دينا او بخلاف ما اذا باعت منه وجها لانه وصل اليه ببدل

لاستحالة قيام الصفة بالصفة وهو وقع فاسد لان ثبوت التغير شرعا لا يتوقف على ذلك انما هو اعتبار شرعي وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية ثم يمكن جعل قوله في الكتاب انه وصل اليه عين ما يستحقه وهو مراده منه من نصف المهر المسمى عليه اي عين ما يستحقه ذاتا لا من حيث هو بسبب لا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فانه لم يرد شيئا ووجه قولهما في قبض النصف الحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الاصح يعني لو قبضت الكل ثم وهبته لا يرجع بنصفه ولا يخفى ان الملازمة تحكم فان رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل لا البعض بل لانه لم يصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على ان الطلاق قبل الدخول اعادة نصف الصداق الى قديم ملك الزوج فيظهر ان الصداق الدين بذلك مشتركا بينهما يعني تبين ذلك والا فحال البتة كان كاملكهما ظاهرا فاذا قبضت النصف انصرف الى حقها لكونه مكيلا او موزونا بين اثنين وهو في يد صاحبه فقبض ما يخصه كان المقبوض حقه فاذا ابرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي او الكل كان الواصل اليها عين ما تستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه فما ان الحاقهما البعض بالكل بوصف طردي غير موثر وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب قوله والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح يؤيده انها لو حطت حتى بقي اقل من عشرة تجب ولا يستحق غيره وتسميته ما دون العشرة في اصل العقد لا تصح وقيد بالنكاح لانه يلتحق في البيع باصل العقد ووجه الفرق ان البيع عقد مغابنة ومبادلة مال بمال مرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط من العقد فيه فالتحق باصل العقد ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه وقوله الا ترى ان الزيادة فيه لا تلحق حتى لا تتنصف استيضاح بعدم الالتحاق وهو مشكل فان عدم التحاق الزيادة باصل العقد هو الدافع لقول النافين لها لو صحت كان ملكه عوضا عن ملكه فاذا لم يلتحق بقي ابطالهم بلا جواب فالحق انها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشائخ وانما لا تتنصف لان الانتصاف خاص بالمفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف اليها على ما مر وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل الحقت به وان وجه الحاقها بالبيع وهو انه قد يكون خاسرا او زائدا متضررا بالمشتري فيرد الى العدل يجري في النكاح وخسرانه انه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة اليه فان تزوجها بنقصها عن مهر مثل اخواتها مثلا فيعقب الندم لها وزيادته بعقبه ووجه قول زفر رح في العرض المعين هو احد قولي الشافعي في الجديد واختاره اكثر اصحابه ان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما تقرر من ان السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه كما لو تزوج على عبد الغير فابى سيده ووجه الاستحسان ان الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك اليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلا لذمتها ليوثر وجوب تفريغها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق وحل كلام الكتاب هنا عليه تسهيل مما تقدم قوله بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا اي دراهم ودنانير فان الواصل اليه ليس عين ما يستحقه لعدم تعينها بخلاف ما اذا باعت منه وجها العرض المذكور فانه وان وصل اليه عين ما يستحقه لكنه ببدل لان السالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه فكانه لم يصل اليه شيء ولو كان العرض او الحيوان في الذمة فكذلك الجواب اي لا يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض اما اذا لم تقبض فتقريره تقريره دينا واما ان قبضته ثم وهبته فلان المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها ان تمسكه وتدفع غيره بخلاف المقبوض من الدراهم وانما وقعت هذه المفارقة لان الاصل ان لا يثبت العرض في الذمة لجهالته ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت في النكاح لجري التساهل في العوض فيه لانه غير المقصود منه فاذا تعين بالتسليم يصير كان العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه اذا استحق كما لو كان معينا في الابتداء فيتعلق حكم يتاتى خلاف زفر رح في هذه ايضا لما عرف من اصله وهو اشتراط وصوله اليه من الجهة المستحقة هو ما ذكر في النهاية قال زفر في الدراهم

ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد

والدنانير المعينة لا يرجع اليها بناء على اصله في تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة الا ان تكون روايتان فيما يتعين واذ قد انجر الكلام الى شئ مما يتعلق باحكام العرض المعين فهذه فوائد يتعلق به كلها من المبسوط فنقول لا يثبت فيه خيار الرؤية فلو تزوجها على شئ بعينه لم تره فاتاها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده اذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص من القيمة قدرا لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير اما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في اثباته اذ الفائدة في اثباته التمكن من اعادة العوض الذي قوبل بالمسمى كالمرأة في النكاح وهذا يحصل بالبيع لانه ينفسخ بالرد بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المرأة بل غاية ما يجب ان المسمى فيه قيمته والقيمة ايضا غير مرئية واما خيار العيب فلثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحا لان السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب لها صحيحا ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المسمى كما التزم فيجب قيمته كالعبد المغصوب اذا ابق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل تجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته وكذا لو استحق هذا اذا كان العيب قائما وقت العقد فان تعيب في يد الزوج قبل التسليم فان كان يسيرا فليس لها غيره ومع غيره لها الخيار او فاحشا فاما بفعل الزوج فلها الخيار ان تضمنه قيمته يوم تزوجها او تاخذه وتضمن الزوج النقصان لانه اتلف جزءا من الصداق ولو اتلفه ضمنه فاذا اتلف بعضه لزمه قدره وعن ابي حنيفة اذا اختارت اخذه لا تضمنه النقصان واما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير انها لا تضمنه النقصان اذا اختارت اخذه واما بفعل الصداق نفسه ففي ظاهر الرواية هو كالعيب السماوي لان فعله بنفسه هدر وعن ابي حنيفة انه كتعيب الزوج واما بفعلها فتصير قابضة له كله واما بفعل اجنبي فيجب ضمان النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير بين ان تاخذه وتضمن الجاني نقصانه او تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني وليس لها ان تاخذ العين وتضمن الزوج النقصان لانه لا صنع منه هذا كله اذا دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ففي السماوي ان شاء ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضته لتعذر رده اياه كما قبضته وان شاء اخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان التعيب بفعل الصداق كالسماوي وكذا بفعلها لانه صادف ملكها المسمى فلا يوجب ضمان نقصان عليها فاذا كان بفعل اجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل جزء من العين فيمنع تنصف الاصل وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضته كذا ان تعيب بفعل الزوج لان الزوج بعد تسليمه كالاجنبي في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق فلو كان انما تعيب في يدها بعدما طلقها قبل الدخول كان للزوج ان ياخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها او بفعله او بامر سماوي لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان بفعل اجنبي فالارش كالزيادة المنفصلة وقد ذكر حكمها ووقع في مختصر الحاكم ابي الفضل ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء قال شمس الائمة في المبسوط وهو غلط بل الصحيح في الفصل ما ذكرنا فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه لم يثبت نسبه لان الاستيلاد في ملك المرأة غير صحيح الا ان الحد يسقط عنه للشبهة لان الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية ام ولد للزوج لعدم

وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه

ثبوت نسب ولدها منه ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامنا لانه ما صنع في الولد شيئا انما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما للملك وان ماتت الجارية عند المرأة او قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئا واذ قد تحرر الكلام في الزيادة في المهر فلنستوفيه وحاصله من المبسوط ان الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن والجمال وبياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة وذلك كله يسلم لها اذا دخل بها او مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة فاما اذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة او متصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانه في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجود وقت العقد حتى يصير مقابلتها شيء من الثمن عند القبض واما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول ابي حنيفة وعندهما تتنصف مع الاصل وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها من جميع الصداق يسلم لها الكسب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يرد الكسب مع الاصل وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري عنده وعندهما للبائع لهما ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون كالولد فكما لا يسلم لها اذا بطل ملكها عن الاصل فكذلك الغلة وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل لانفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت او لا فاذا انفسخ سبب الملك في الاصل لا يبقى سبب الملك في الزيادة وحجة ابي حنيفة رحمه الله ان سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الاصل بل ملك الاصل يصير شرطا فسبب ملك الاصل مثلا قبول عقد النكاح وفي الزيادة الاكتساب للكسب وهو اما احتطاب العبد او اجارته نفسه او قبول الهبة وهذه الاسباب لا تنفسخ بالطلاق غير ان المكتسب اذا لم يكن اهلا للملك خلفه فيه مولاه وبذلك السبب لو صح الملك فيهما وقت الاكتساب وبطلان ملكها في الاصل لا يتبين انه لم يخلفه في الملك بذلك السبب وليس الكسب كالزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسري اليه ملك الاصل لان يكون مملوكا بسبب حادث الا يرى ان ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وان قبض مع الاصل ولو قبضت الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها تنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصيف عند الطلاق يثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول فان كانت غير متولدة او متولدة من العين وهي اما منفصلة او متصلة فان كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها وان الزيادة الاصل او بعضه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد بالاصل بعيب يبقى الكسب سالما له وهذا القول صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فسلم منفعته والكسب بدل المنفعة وان كانت متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليها اذا جاءت الفرقة من قبلها وانما للزوج في الطلاق نصف قيمة الاصل وفي ردتها جميع قيمته يوم دفع اليها في ظاهر المذهب وعلى قول زفر رحمه الله يتنصف الاصل مع الزيادة في الطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق والكل

ولو تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به

وإذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا إذا قبضها المشتري فزادت زيادة منفصلة فإن للبائع أن يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل وعند ردتها يسترد منها الأصل مع الزيادة لأن الردة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد لفساد البيع فيثبت الرد في الأصل والزيادة أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الأصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ويتعذر تنصيف الزيادة فيتعذر تنصيف الأصل وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها والتنصيف عند الطلاق ثابت ثمة في المفروض في العقد وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكما إذ لم يرد القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصيفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصيفها فتعذر تنصيف العين كالزيادة المنفصلة في البيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض هذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنه لا يمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع فإذا رجع في الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض فأما البيع والنكاح فمعاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الأصل ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة وإذا تعذر تنصيف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه ولما كان الصداق إنما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض وإن كانت متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذه الزيادة والمنفصلة سواء إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت وعند محمد وزفر رحمهما الله يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر ألا يرى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة السعر فكذا في الصداق بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمها لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري إلى الزيادة وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأنه لا ينفصل عنها بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان بحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كالبيع ولهما أن هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح لها فيكون سالما لها بكل حال كالمنفصلة وإذا تعذر تنصيف الزيادة تعذر تنصيف الأصل لما قال محمد رحمه الله والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من جهة أنها تملكه لا عوضا عن مال والمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصيف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون وهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار الأصل مستحقا عليها فيسري ذلك إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق قوله (وإذا تزوجها الخ) للمسئلة صورتان الأولى أن يسمى لها مهرا ويشترط لها منفعة كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضرتها والثانية أن يسمى لها مهرا على

وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الف ولا يزاد على الفين واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله

تقدير وآخر على تقدير آخر اما الاولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو انه ان وفى لها فليس لها الا المسمى والا فلها مهر مثلها فلو كان مهر مثلها قدر المسمى واقل لا تستحق شيئا آخر وقال زفر ان كان ما ضم الى المسمى مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته والا فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذا بمنع التسليم اذا شرط لها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم وقال الامام احمد رحمه الله اذا فات ثبت لها الخيار في الفسخ لانها لم تتزوجه الا على ملك المرغوب فيه فصار كما اذا باع عبدا على انه خباز او كاتب وهو بخلافه ولقوله صلى الله عليه وسلم احق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج وجواب زفر ان ايجاب التسليم ليس للتقوم في المضموم بل لعدم رضاها بالالف الا به فبانتفائه يظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل وجواب الثاني ان ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما و حرم حلالا وهذه الشروط تمنع التزوج والتسري لو وجب الجري على موجبها فكانت باطلة فلا يوثر عدمها في خيار الفسخ بل ان وفى تمت التسمية برضاها بها والا تم لعدم الرضا وفساد العقد ليس لازما لعدم التسمية ولا لعدمها راسا اذ ليس ذكرها من الاركان ولا الشروط بخلاف البيع فان قيل ما استدللتم به لا يمس محل النزاع لان مقتضى الشرط المذكور ان لا يتزوج ما دامت تحته مختارا لعدم دخول خيار الفسخ في يدها واين عدم التزوج مختارا الامر من تحريمه شرعا فالجواب ان الشرط المحرم للحلال بعدما حكم بكونه باطلا لا يتصور الا على ارادة كونه شرط ترك الحلال او فعل الحرام اذ لو احل حقيقة بان ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا واذا عارضه وجب حمل الاحقية المذكورة فيما روي على ما من الحق في نفسه هو المراد به ضد الباطل وهو اعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب حينئذ يبقى ان يقال اذا ظهر عدم رضاها بالالف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية ولا تعيين للقطع بانها ليست مفوضة بل نازعت بتسمية صحيحة معينة وقد قالوا اذا سمي للبكر عند استئذانها مهر فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر وافرا او لا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه وكون مهر مثلها اصلا لا يستلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوضة او تصرح بالرضا به والا فقد لا ترضى بمهر المثل لتسميته فلا ينعقد النكاح عليها به فيجب ان تتخير كما اذا زوجت نفسها من غير كفؤ فانه ينعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ واما ما ذكر من حمل لفظ احق في الحديث على ما ذكر فليس موجبا لان ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لانه لا يحرم التسري بهذا الشرط بل هو ممتنع منه بالتزامه مختارا لاحب الامرين اليه وهو صحبة الزوجة ولهذا لو تسرى لا نقول فعل محرما وهو اذ في بن امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعل واما الثانية فكان يتزوجها على الف ان اقام بها وان لا يتسرى وان لا يطلق ضرتها وان كانت مولاة او ان كانت عجمية او ثيبا وعلى الفين ان كان ضده فان وفى بالاول او كانت عجمية ونحوه فلها الالف والا فمهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف عند ابي حنيفة وكذا ان قدم شرط الالفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى الاول اتفاقا على انه لا خطر فيها وكذا في المسئلة الاولى لان بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقالا الشرطان جائزان فلها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد على الالفين وجه قول ابي حنيفة انه لا خطر في التسمية الاولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة فاذا وجد شرطها بان اخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى وقد كان ذلك المسمى الاول ثابتا لان المنجز لا يعدم بوجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة ووجه قولهما انهما معلقان فلا يوجد في كل تقدير سوى مسمى واحد ووجه قول زفر رحمه الله ان لا تعليق اصلا بل هما منجزان لان ما يقترن مع المال انما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا ففسد للجهالة واصلها في الاجارات ونستوفيه هناك وضوحا ان شاء الله تعالى واعلم انه نقل عن الدبوسي لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة والفين ان كانت

ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما اوكس والآخر ارفع فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق على مال وله رحمه الله ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة

جميلة ليصحان بالاتفاق لانه لا خطر في التسمية الثانية لان احد الوصفين ثابت في نفس الامر جزما غير ان الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطرا بالنسبة الى الوجود وعدمه واستشكل بان مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقا فيما اذا تزوجها بالف ان كانت مولاة او ليست له امرأة وبالفين ان كانت حرة الاصل او له امرأة لكن الخلاف منقول فيهما والاولى ان تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما والله اعلم انه لو كان تزوجها على الف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد بخلاف ما تقدم من كذا وان يطلق فلانة فانه ما لم يطلقها لم تطلق وفي المبسوط لو تزوجها على الف وعلى ان يطلق امرأته فلانة وعلى ان ترد عليه عبدا فقد بذلت البضع والعبد والزوج بذل الالف وشرط الطلاق فيقسم الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صار نصف الالف ثمنا للعبد ونصفها صداقا لها واذا طلقها قبل ان يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل بها نظر ان كان مهر مثلها خمسمائة او اقل فليس لها الا ذلك وان كان اكثر فان وفى بالشرط فطلق فليس لها الا خمسمائة وان ابى ان يطلق لم يجبر عليه لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها ولو كان تزوجها على الف وطلاق فلانة على ان ترد عليه عبدا وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة البضع والعبد فالشيئان متى قوبلا بالشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخرين فان كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق صداقا لها فاذا طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلته نصف العقد ونصف البضع وان لم يكن العوض مشروطا على الطلاق وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة ولو استحق العبد او هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد وبنصف قيمة العبد ايضا لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق العبد وهلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما بالتسليم فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف وههنا المسئلة التي تجاذبها بابا الشفعة والنكاح وهي اذا تزوجها على دار على ان ترد الفا فيقسم الدار على مهر مثلها وعلى الالف حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع وان تفاوتا وهذا بالاتفاق ثم هل تثبت الشفعة بجار هذه الدار فيما شاء عند ابي حنيفة لا وعندهما نعم اعتبارا للبعض المبيع بالكل وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لا حكم نفسه والبيع هنا في ضمن النكاح اذ العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ولا شفعة في الدار التي تتزوج عليها فكذا في هذه ولو اعتبر البيع اصلا فسد لانه نكاح في ضمن بيع فيفسد البيع لانه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطا فيه وفي فتاوى الخاصي من علامة النون رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا على ان تدفع اليه هذا العبد فانه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لانها بذلت البضع والعبد بازاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة البدل فما اصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لانها باعته بثمن مجهول ويصير الباقي مهرا لها وذكر في علامة الواو وقال لامرأة اتزوجك على ان تعطيني عبدك هذا فاجابته بالنكاح جاز بمهر المثل فلا شيء له من العبد فلان هذا شرط فاسد واما جواز النكاح فلانه لا يبطل بالشروط الفاسدة انتهى وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها ومقتضى الاول تمام مهر المثل بخلاف الاول قوله ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد او على هذا الالف وهذا العبد او على الفين او الف فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما او مثله فلها الاوكس الا ان يرضى الزوج برفع الارفع فهو لها الا ان ترضى بالاوكس فان كان اكثر من ارفعهما او مثله فلها الارفع الا ان ترضى بالاوكس وان كان مهر مثلها بينهما اي اكثر من الاوكس ودون الارفع فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع فلو كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقا وكثير على ان منشأ هذا الخلاف في الواجب الاصلي في النكاح فعنده مهر المثل لانه

والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك وإن شاء أعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لأن عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى إذ كل واحد منهما معاوضة ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير

أعدل إذ هو قيمة البضع لأنه متقوم بحالة الدخول بخلاف المسمى فإنه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل عنه إليه إلا عند صحة التسمية وقد فسدت بالجهالة بإدخال كلمة أو وعندهما الواجب الأصلي المسمى فلا يعدل عنه إلى مهر المثل إلا إذا فسدت من كل وجه وهو منتف إذ يمكن إيجاب الأوكس لأنه متيقن قياسا على ما لو خالعها على هذا العبد أو هذا فإنه يجب الأوكس فيهما اتفاقا وهذا إن كان منقولا عنهم فلا كلام فيه وإن كان تخريجا فليس بلازم لجواز أن يتفقوا على أن الأصل مهر المثل ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة فعنده فسدت لإدخال أو وتصير إلى مهر المثل وعندهما لم تفسد لأن التردد بينهما لما تفاوت ورضيت هي بأيهما كان فقد رضيت بالأوكس فتعين دون الأرفع إذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالأوكس وإذا تعين المعلوم لا يصار إلى مهر المثل لأن المصير إليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة وصار كالخلع على ألف أو ألفين والإعتاق بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو هذا وقيل فإنه يجب الأوكس فيهما وهو يفرق بأن تعين الأوكس في تلك ضرورة أن لا موجب فيهما في حق البدل وإنما يجب فيهما بالتسمية وإن لم يلغو كلامهما بالكلية والضرورة هنا لأن للنكاح موجبا أصليا فإذا لم يتعين أحدهما وفيه لا يلزم الإلغاء أو إيصال تبعيه بمهر المثل هو بخلاف ما لو خيرها بأن قال على أنك بالخيار تأخذين أيهما شئت أو على أني بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة أما ما نحن فيه فلأنها لو أرادت أخذ الأرفع فامتنع تحققت المنازعة إذ ليس المرجع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر بخلاف التخيير إذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع أحد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لأحدهما جاز بخلاف ما لو أقر بألف أو ألفين حيث يتعين له الألف لأنه لم يوقع ذلك في إنشاء معاوضة بل ذكر أن ذمته مشغولة بأحد المالين والأصل براءة الذمة وهو في شك من اشتغالها بالألفين لم يجزم بها فلا تلزمه بخلاف الألف فإنه لم يشك فيها ولو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة إلى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة وإلا فالمؤجلة لأنها أقل ولو على ألف حالة أو ألفين إلى سنة ومهر مثلها كالأكثر فالخيار لها وإن كان كالأقل فله وإن كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الأقل عليه **قوله** والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الأوكس تجب كما صرح به في الدراية فالحكم في الطلاق قبل الدخول في التحقيق ليس إلا متعة مثلها **قوله** وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان فإذا كان عرضا أو حيوانا فإما معين كهذا العبد أو الفرس أو الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها إن كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا إليه إلا أنه أضافه إلى نفسه كعبدي وإلا فلها أن تأخذه بشرائه لها فإن عجز عن شرائه لزمه قيمته ولو استحق نصف الدار خيرت في النصف الباقي في يدها إن شاءت ردته بالعيب الفاحش وهو التشقيص في الأملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار وإن شاءت أمسكته ورجعت بقيمة نصفها ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة ولو ولدت الأمة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله على من حال ولد المغصوبة ولكن لها الأمة لا ولد لها ولا خيار لها إن كان نقصان الولادة يسيرا وإن كان فاحشا فلها إن شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا وإن شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لأن نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فأما إذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لأنه أتلف أمانة في يده فإن كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وإن لم يكن أجاب في كافي الحاكم بأن عليه تمام ذلك قال شمس الأئمة وهو غلط فقد بين في الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذلك لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان ولكن إن كان يسيرا فلا خيار لها وإن كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ولا إشكال في الثوب المعين في ثبوت الصحة غير أنه إذا زاد فقال هذا الثوب الهروي ولم يكن هرويا فليس لها غيره وعلى قول أبي يوسف لها قيمة ثوب هروي مثله وعلى قول

ذكر مطلقا ان يكون المسمى ما هو وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ
منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه
على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب
غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه انه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال
هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى
مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

زفر لها الخيار بين ان تاخذها او تطلب قيمة الهروي الوسط لانها وجدته على خلاف شرطه ولكنا نقول المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد
بالمشار اليه وسنقرره ان شاء الله تعالى وما هو غير معين فلا يخ ان يكون مكيلا او موزونا او غيرهما ففي غيرهما ان لم يعين الجنس بان قال حيوان
او ثوب او دار لم تصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لانه انما يتحقق في الافراد المتماثلة وذلك باتحاد النوع بخلاف الحيوان
الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطني والكتاني والحريري واختلاف الصنعة ايضا والدار الذي تحتها ما تختلف اختلافا فاحشا
بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة افحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل اولى وان عينه بان قال عبد او
فرس او حمار او بيت صحت التسمية وان لم يصفه وينصرف الى بيت وسط مما يكون كذا باقيها وهذا في عرفهم اما البيت في عرفنا فليس خاصا بما يبات فيه
بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي ان يجب بتسميته مهر المثل كالدار وتجبر على قبول قيمته لو اتاها بها وبقولنا قال مالك واحمد خلافا للشافعي له ان
عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع ولنا انه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك الذمة اصلا ايجابا
الشرع مائة من الابل في الدية وفي الجنين غرة عبد او امة في الذمة وليس فيهما معلوم الا الوسط من الاسنان لخاصة وسر هذا الشرع عدم جريان المشاحة
في ذلك حيث لم يقابل بمال فلا يفضي جهالة الوصف فيه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الا يرى ان الشرع اوجب مهر المثل مع جهالة صفته
وقدره في بعض الصور بان لم يكن من اقاربها من تزوج وعلم المهر فانه يحتاج الى تقويم وتخمين بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لان جهالة
الصفة وجهالة مهر المثل جهالة جنس فتصحيح التسمية اولى **قوله** وشرطنا ان يكون الخ جواب سوال تقديره لما شابه النكاح الاقرار في كونه
التزام مال ابتداء ينبغي ان يصح تسمية حيوان كما يصح الاقرار بشئ ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به الا وسطا وهو ان يقال شرطنا ذلك
رعاية لجانبي المراة والزوج من جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة اصلا لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع انه المعهود
الشرعي اعني ايجاب الشرع الوسط في حيوان الزكوة رعاية لجانبي الفقراء وارباب الاموال وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ولا يتعدى الا بحكم الاصل لو
سقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالالحاق بالدية والغرة ومهر المثل لاستغنى عن هذا السوال وجوابه **قوله** وانما يتخير الزوج جواب عن
مقدر هو انما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط والحكم عندكم وجوب احد الامرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها اجاب بانه لما كان الوسط لا يعرف الا بتقويمه صارت
القيمة اصلا مزاحما للمسمى كانها هو فهي اصل من وجه فتجبر على قبولها ان اتاها به وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال اذا كان الحكم ذلك فصار كانه تزوجها
على عبد او قيمته وفيه يجب مهر المثل لان هذا التقرير انما افاد ان الاصل العبد عينا ثم القيمة تخلص الا ترى الى التشبيه في قولنا كانها هو وفي المبسوط
بعد ان قال لكون المهر عوضا صار عينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قال ولهذا
لو اتاها بالقيمة اجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء والرخص ويختلف
ذلك بحسب الاوقات وهو الصحيح وانما قدر ابو حنيفة في السود باربعين دينارا وفي العبيد البيض بخمسين لما كان في زمانه **قوله** وان تزوجها على ثوب
الخ تقدم الكلام فيه **قوله** وكذا اذا بالغ في وصف الثوب بان ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقعته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من انها تجبر
على اخذ القيمة كما على اخذ الثوب وجعله ظاهر الرواية احترازا عما عن ابي حنيفة رح يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر رح وعما عن ابي يوسف رح
انه ان ذكر الاجل مع ذلك تعين الثوب لانه موصوفا اذا كان موجلا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا كما في السلم وان لم يوجل يخير الزوج وعبارته في المبسوط

فإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل وزنه خلا

فإن عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة إذا أتاها بها وعلى قول أبي يوسف إن ذكر الأجل الخ ما ذكرناه ثم قال وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لأنه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الأجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فاستوى ذكر الأجل وعدمه وأجاب بأن قال لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز إلا مؤجلا وإن لم يكن العقد سلما فعرفنا أن الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا انتهى وظاهره ترجيح قول أبي يوسف رحمه الله وقد يقال بل حاصل الصورة سلم والعبد رأس مال والثياب الموصوفة المسلم فيه ولا يخفى ترجيح قول زفر إذ لم يندفع قوله إن اشتراط الأجل ليس من حكم ثبوته في الذمة بل هو لهم أما المكيل والموزون فإن سمى جنسه كعلي أردب قمح أو شعير دون صفته فكغيره من ثبوته وإجبارها على قبول القيمة وإن وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحرية لا يخير الزوج بل يتعين المسمى لأن الموصوف منها يثبت في الذمة صحيحا حالا كالقرض ومؤجلا كما في السلم وعن أبي حنيفة رحمه الله لا تجبر على القيمة فيها إذا لم يسم الصفة أيضا لأن صحة التسمية إنما يوجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا تعين الوسط

قوله فإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها وبه قال الثلاثة وقال الوافي رواية عن كل منهم يفسد النكاح لامتناع العوض أو المسمى يمنع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم قلنا امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية وفسادها لا يزيد على اعتبارها عدما وشرط قبوله والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد بخلاف البيع يفسد بالأول لأنه ركنه وبالثاني لأن الشرط الفاسد يصير ربا لأن الشرط زيادة خالية عن العوض في أحد الجانبين ولا ربا في النكاح **قوله** فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر أو على هذا العبد فإذا هو حر فعند أبي حنيفة رحمه الله لها مهر مثلها فيهما وقال أبو يوسف رحمه الله لها مثل وزن الخمر خلا أو قيمة الحر المشار إليه لو كان عبدا وقال محمد بقول أبي حنيفة في الحر وبقول أبي يوسف في الخمر وذكر الحاكم أن قول أبي يوسف الأول كقولهما وظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مبنى الخلاف لأنه خص أبا يوسف بأن ما سماه لها مال وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلي والعبد قيمي والخمر مثلي ثم قال وأبو حنيفة رحمه الله يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق أنه لا خلاف بينهم في الأصل إذ لا خلاف بينهم أن المعتبر المشار إليه إن كان المسمى من جنسه وإن كان من خلاف جنسه فالمسمى هو المعتبر في إشارات الأسرار قال هذا الخلاف ينشأ من أصل مجمع عليه ثم ذكر ما ذكرناه وما نذكره لأن هذا الأصل متفق عليه في البيوع والإجارات وسائر العقود وتفصيله من الكافي قال هذه المسائل مبنية على أصل وهو أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا والمشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لأنها تعرف الماهية والإشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى لأن المعاني أحق بالاعتبار وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنهما اختلفا وصفا فالعبرة للإشارة لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا والوصف يتبعه أي يتبع الذات ألا يرى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ولو اشتراه على أنه أحمر فإذا هو أخضر ينعقد لاتحاد الجنس والشأن في التخريج على هذا الأصل فأبو يوسف يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لأن أحدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم للمسمى وكأن الإشارة تبين صفة كأنه قال عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر ومحمد يقول العبد مع الحر جنس واحد في حق الذات لا يفترق فيهما فإن منفعتهما تحصل على نمط واحد فإذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا فالعبرة للإشارة والمشار إليه لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل وأما الخل مع الخمر فجنسان إذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل فالحكم فيه كما قال أبو يوسف وأبو حنيفة يقول لا آخذ إلا أن حكم الجنسين لا يتبدل الصورة والمعنى لأن كل موجود من الحوادث موجود بذاته وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد

وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه
فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة
لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على حر فيجب مهر المثل ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار
اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية
ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف
الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخل
مع الخمر جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم
عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه
اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح لها العبد الباقي الى تمام مهر
مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا تجب الباقي الى تمام مهر المثل

الجنس فالعبرة للاشارة فيهما والمشار اليه غير صالح فوجب مهر المثل انتهى وغاية الامر ان يكون سمى الخمر خلا والحر عبدا تجوزا وذلك لا يمنع تعلق الحكم
بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق فظهر ان لا اختلاف بينهم في الاصل بل في اختلاف الجنس واتحاده فلزم ما ذكر
في بعض شروح الفقه من ان الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام انما هو على قول ابي يوسف وعند محمد هو المختلفين بالمقاصد وعلى
قول ابي حنيفة هو المقول على متحدي الصورة والمعنى ثم لا يخفى ان الاليق كون الجواب على قول ابي يوسف وجوب القيمة او المثل لان الغاء الاشارة واعتبار المسمى
يوجب كون الحاصل انه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا اي على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل وهذا الحر فاذا هو عبد او هذه الميتة
فاذا هي ذكية فلها المشار اليه في الاصح عند ابي حنيفة وان روي عنه مهر المثل وقد مر على اصله والاصح عن ابي حنيفة قال ابو يوسف فاوجب الذكية وما معها
واوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الخمر فمر على اصله وابو يوسف خالف اصله واعتذر عنه بانه جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احديهما وبطلت الاخرى
فاعتبرت الصحة وصارت الاخرى كان لم تكن وكذا خالف ابو حنيفة الاصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل ووجهه بانه يقول الموجب
الاصلي مهر المثل وانما اعتبرنا الاشارة هناك ليجب لو اعتبرناها هنا لا يجب فلا يعتبر ليجب مهر المثل لانه هو الاصل **قوله فان تزوجها على هذين العبدين**
واذا احدهما حر فليس لها عند ابي حنيفة رح الا الباقي اذا ساوى عشرة فان لم يساو تكملت العشرة لانه مسمى ووجوب المسمى المستحق باصل العقد وان
قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لانها ما رضيت الا بهما وتعذر تسليم احدهما فتجب القيمة وقال محمد رح لها الباقي وتمام
مهر مثلها ان لم يبلغ الباقي مهر المثل وهو رواية عن ابي حنيفة فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزاد عليه فمحمد يقول بقول ابي حنيفة لانهما لو كانا حرين
يجب مهر المثل فاذا كان احدهما حرا ولم يبلغ الباقي مهر المثل تمم مهر المثل دفعا للضرر عنها فهنا مقامان لهما مقام اختلافه وهو تعيين الواجب
مع الباقي ومقام اتفاقه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولما فيه الالحاق بالمسئلة السابقة اعني ما اذا تزوجها على الف وان لا يخرجها من البلد
ولم يف حيث يكمل مهر المثل لانها لم ترض بذلك القدر فقط وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه اجاب بالفرق بان الفائت في السابقة لم يستحق
باصل العقد بل هو بان لا اثر لاستحقاق مستحق خاص باصل العقد في دفع استحقاق غيره ولزوم مهر المثل فيها ليس الا لعدم رضاها بذلك القدر بتسميته
اذ لم ترض الا بالكل غير ان الفائت هناك لما لم يتقوم صير الى مهر المثل وهنا يتقوم بمعنى ليقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته وعلى هذا يترجح قول ابي يوسف
من حيث الوجه وقد يجاب بان جبر الفائت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به اما هذا فهي المقصرة في الفحص عن حال
المسميين فانه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لان عدم الاخراج وطلاق الضرة انما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى هذا وقد خرجت
هذه المسئلة على تعليلها من الاصل الذي ذكرناه فعند ابي حنيفة تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو واذا الغي تسمية احد العبدين صار كانه تزوجها
على عبد فليس لها غيره وعند ابي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الاشارة الى الحر فاعتبر تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم احدهما
فوجبت قيمته ومحمد يقول الامر كما قال ابو حنيفة ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر
الى مهر المثل لدفع الضرر ولا جواب الا ما قلنا من التزامها ذلك حيث قصرت ان تم والا فالاوجه قول ابي يوسف وكونها مقصرة بذلك ممنوع اذ لا علم
بانه من التردد في ان المسمى حر او عبد وقريب من هذا لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فاذا هي تسعة ليس لها غير التسعة وحكم محمد بها كما قال
ابو حنيفة ان ساوت مهر مثلها او زادت والا كمل مهر مثلها وفي الفتاوى الخاصي من علامة العين تزوج على هذه الاثواب العشرة فاذا هي عشر

وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وإنما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته

فإن كان مهر مثلها مثل أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى لأن المهر أحد العشرتين أجودهما أو أردؤهما فيصار كما إذا تزوج على أحد هذين العبدين أما لو وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى فرق بين هذا وبين ما إذا تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعا لأنه في الأولى المنطوق الثوب المطلق والثوب المطلق لا يجب مهرا ألا يرى أنه لو تزوج على ثوب مطلق يجب مهر المثل وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وبهذا يجب مهرا وشرح العبارة الأولى أن التزوج إنما وقع على عشرة وحين وجدت أحد عشر فلا بد أن يشتمل غالبا على عشرة هي أجود الأحد عشر وعشرة هي أردأ الأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردؤها أو أجودها وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة رحمه الله فيحكم مهر المثل فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالنقصان وإن كان بين العشرة التي هي الأردأ والعشرة التي هي الأجود تعين أعني مهر المثل كما لو كان بين أوكس العبدين وأجودهما وإن كان أقل من أردأ العشرتين أعني مثلها تعين العشرة الردية لما لو كان أقل من أوكس العبدين ومثله إذا فيها قوله وأما قياس قولهما فصحة التسمية وتعين أرفعهما مطلقا كما عينا أوكس العبدين كذلك وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكأنه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل التسمية غير أن مقتضى الأصل أن تخير فيه بين عينه وقيمته والله أعلم قوله وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد وهو كتزوج الأخت في عدة الأخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة إن كان قبل الدخول فلا مهر لها ولا متعة لأن المهر لا يجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول وإنما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكن منها فيه منتف شرعا بخلاف الصحيح فإنه يجب بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول إلا أن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطء شرعا وحسا فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر هو اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد ونحن نقول المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية وأورد عليه لزوم التناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا نقصت منه فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة فشموله الوجود وأجيب بالمنع وبأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه صحيحة من حيث إن المسمى مال فاسدة من حيث إنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها والحق أن التسمية ليست فاسدة وقد صرح المصنف بالأمرين إذ ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بالفساد وما أوجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعا وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية أي لأنها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطة حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه وإذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا وبين زفر غير أنه يوجبه بالغا ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا فوجه الاستدلال أن يقال سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت بإسقاط بعض حقها وترك باقي المقدمات لأنه لا حاجة إليها بل لا تصح لأن قولنا إنما يتقوم بالتسمية إن أراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل وإن أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل غير أنا اعتبرنا رضاها فإن قيل لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاه بالزيادة فلم يوجب المسمى إذا زاد على مهر المثل فالجواب أنا لو اعتبرناه فإما لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاه وهو مجرد رضاه بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء لأن به لا يدخل في ملك الآخر بل بالقبض بخلاف الرضا بالحط لأنه إسقاط فيتم بالواحد وسعيه في الإتمام المعارضة لزفر بما في الترمذي عن عروة

وعليها العدة إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق
لا من آخر الوطآت هو الصحيح لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب
ولدها لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه

قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل الحديث فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فكان وجوب مهر المثل أصلا في كل
نكاح فاسد والبداية فيه ما قدمناه في باب الأولياء والأكفاء فرع لا يصير محصنا بهذا الدخول لأنه عند أبي ثور وأجمعت الأمة على أنه لا يكون محصنا
في العقد الصحيح إلا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا بخلاف ما إذا تكرر وطء الابن لجارية الأب وادعى الشبهة فإنه يلزمه بكل وطء
مهر والأصل أن الوطء في غير الملك إن كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وإن كان بشبهة ملك لا يتعدد بتعدده ففي جارية الأب وجارية الزوجة إذا
وطئها الزوج الثابت في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفي جارية الابن إذا وطئها الأب والمكاتبة إذا وطئها السيد والزوجة في النكاح
الفاسد أو في النكاح الصحيح إذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكذا
في شبهته وأما إذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين لم يذكر في الكتاب وكان الشيخ برهان الدين الذي يقول
يتعدد المهر لأنه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الأب في حق الابن ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة
ولو زنى بامرأة ثم تزوجها وهو يخالطها ثم أتم الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا لأنه سقط عنه الحد حين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وإن
طلقها في الحال لأن هذا أكثر من الخلوة وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة يلزمه مهر واحد
أم لكل وطء مهر قيل إن كانت الطلقات الثلاث جملة فظن أنها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها
حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد وإن استحق
نصفها فعليه نصف المهر وفي آخر حدود خواهر زاده الصبي إذا زنى بصبية فعليه المهر وإن أقرت بذلك لا مهر عليه وإذا زنى الصبي ببالغة مكرهة
عليه المهر وإن دعته إلى نفسها لا مهر عليه ولو دعت صبية صبيا عليه المهر وكذا لو دعت أمة صبيا والمراد من المهر العقر قوله وعليها العدة يعني
إذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لأنها لا تقام مقام الوطء في النكاح الفاسد وينبغي أن لا يجب عليها الإحداد في الأصل فيما إذا دخل الرجل
على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهرها لأنه دخل بها بشبهة النكاح لأن خبر الواحد حجة في المعاملات فتصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر قال وعليها
العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تتقي في عدتها ما تتقي المعتدة بنحوه قضى رضي الله عنه ولأن الحداد لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس
ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لأن وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولأنها النفقة التي كانت واجبة بأصل النكاح تبقى
في العدة ولم يكن عليه نفقة مستحقة هنا لتبقى ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لأنه هو المستوفي للبدل ولو كانت هذه أخت امرأته حرمت عليه امرأته
إلى انقضاء عدتها قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح احتراز عن قول زفر رحمه الله لأنها إنما تجب باعتبار شبهة النكاح ورفع
هذه الشبهة بالتفريق أو بالافتراق بالمتاركة إذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع إلا بما قلنا ولا تتحقق المتاركة إلا بالقول بأن
يقول تاركتك أو خليت سبيلك أو خليتها أو تركتها أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر قال الشيخ الإمام فخر الدين
قاضيخان هذا في المدخول بها أما غيرها فيتفرق بالأبدان بأن لا يعود إليها ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك
إلا بحضور الآخر وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الأصح وإنكار النكاح إن كان بحضرتها فهو متاركة وإلا فلا وفرع ذلك عن أبي يوسف في نكاح
الصغار قول زفر حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطآت قبل التفريق انقضت العدة وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق أو المتاركة لم تنقض

وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره **قال** ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رض لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح

ان يكون هذا كله في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالى اذا علمت انها حاضت بعد آخر وطئ المشايخ ان تحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قدمناه من نقل العتابي رح في الفتاوى لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد **قوله** وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطئ والاقامة اي اقامة العقد مقام الوطئ باعتباره وهذا جواب عن قياسها على الصحيح وذكر في الاصل تزوجت الامة بغير اذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة اشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافا قال شيخ الاسلام تاويل هذا ان الدخول كان عقيب النكاح بلا فصل قال في الغاية قد اعتبر العدة من وقت التفريق فكان الاحوط في النسب من وقت التفريق ايضا لا من وقت النكاح لان العدة للنسب قال شارح الكنز هذا وهم لانهم انما اعتبروه من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد اقامة للتمكن من الوطئ بالشبهة مقام الوطئ حتى لو جاءت بولد لستة اشهر من وقت العقد ولاقل منها من وقت الوطئ ثبت نسبه كما في الصحيح فلا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق الا ترى انها لو جاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها حتى مضى ثبت نسبه ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت كذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يكون الا اعتبارا لوقت التفريق لا غير ولو طلقها ثم جاءت بولد ثبت نسبه ويجب المهر والعدة في رواية عن ابي يوسف رح وعنه لا يثبت لا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر رح وان لم يجاز بها لا يلزمه الولد حتى الحاصل انه يعتبر من وقت التفريق اذا وقعت فرقة وما لم يقع فمن وقت النكاح او الدخول على الخلاف **قوله** لقول ابن مسعود رض لها مهر مثل نسائها قال في المفوضة وقدمنا تخريجه وقوله وهي اقارب الاب ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف تنبيها على ان الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لان الانسان من جنس ابيه لذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان ابوه قرشيا وعلى هذا كان الاولى اسقاط الواو في قوله ولان الانسان من جنس قوم ابيه ليكون وجه كون الاضافة المذكورة تعين كونهن اقارب الاب ظاهرا وهذا لان جعله وجها مستقلا يصح الا انه لا يكون الدليل الاول مستلزما للمطلوب لان مجرد اضافة النساء اليها لا يستلزم كون النساء المضافة اقارب الاب بل كما يصح ان يقال لعماتها واخواتها نساؤها يصح ان يقال لخالاتها ايضا واخواتها لامها فانما يرجح جهة ارادة الاب المقدمة المذكورة **قوله** ويعتبر في مهر المثل ان تتساويا في الحال يعني بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وادبا وكمال خلق وعدم ولد وفي العلم ايضا فلو كانت من قوم ابيها لكن اختلف مكانهما او زمانهما لا يعتبر بمهرها لان البلدين تختلف عادة اهلهما في المهر في غلائه ورخصه فلو زوجت في غير البلد الذي زوج فيه اقاربها لا يعتبر بمهورهن وقيل لا يعتبر الجمال في بنت الحسب والشرف بل في اوساط الناس وهذا جيد وقالوا يعتبر حال الزوج ايضا اي بان يكون زوج هذه كازواج امثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما فان لم يكن واحدة من قوم الاب بهذه الصفات فاجنبية موصوفة بذلك وفي الخلاصة ينظر في قبيلة اخرى مثلها اي مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة رح لا يعتبر بالاجنبيات ويجب حمله على ما اذا كان لها اقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل وفي المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه وفي غريب الطحاوي مهر مثل الامة على قدر الرغبة **قوله** واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يفيد كون الضمان في الصحة اما في مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه في مرض موته ويشمل ولي الصغير زوجه وضمن عنه وولي الكبيرة تزوجها وضمن لها وقوله ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها هو على التقدير الثاني وقوله ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان باذنه يعني ان الزوج اجنبي او في حكمه كولده الكبير وهذا لانه لا يرجع اذا ادى عن ابنه الصغير ... ابنه وضمن عنه للعرف يتحمل مهر الصغار الا ان يشهد

ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغير وضمن الثمن لأن الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه ويصح إبراؤه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه **قال** وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها أي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أي المعجل لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق

أنه يدفع ليرجع في أصل الضمان **قوله** ثم المرأة بالخيار في مطالبتها يعني إذا بلغت زوجها يعني إذا كان بالغا وإن لم يكن بالغا فإنما لها مطالبة أبيه ضمن أو لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة وذكرنا أنه إذا أدى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع في أصل الضمان ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال هذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من أنه يضمن الأب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف إطلاق شرح الطحاوي وذكر في المصفى جوابه فقال قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال ثم لا ينفك عن إيفاء المهر في الحال فلم يكن من ضرورة الإقدام على تزويجه ضمان المهر عنه فهذا هو المعول عليه وإن ضمن الوصي يرجع مطلقا ولو لم يؤد الأب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين أخذه من تركته أو من مطالبة زوجها فإن اختارت تركته فاستوفت احتسبا في الورثة الرجوع في نصيب الصغير وقال زفر ليس لهم الرجوع لأن هذه الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه إذ لا يعتبر إذنه ولو أذن وعن أبي يوسف رحمه الله كقوله فيما ذكره ولولا أبي قلنا بل صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه فإذن الأب إذن منه معتبر وإقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته بخلاف ما إذا أدى عنه في حياته لأن تبرع الآباء بالمهور معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون بحكمه ولو أدى في مرض موته والمجنون كالصبي في جميع ذلك لأنه مولى عليه سواء كان الجنون أصليا أو طارئا وإنما صح ضمان وليها إذا كان أبا أو جدا مع أنه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لأن الولي في النكاح وإن باشر سفير كالوكيل بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لأنه مباشر فترجع الحقوق إليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب وتسليم المبيع ويصح تأجيله وإبراؤه من الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا مقتضيا فإن قيل لا نسلم عدم رجوعها إليه في النكاح ألا ترى أن المطالبة بمهرها إجابة للمهور بقوله وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد لأنه معبر ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها ونسبته منه لها إذا لم تنهه فلا المطالبة بخلاف البيع فإن له القبض بعد بلوغه دون الصبي ثم لا يشترط إحضار الزوجة لقبض الأب مهرها عندنا خلافا لزفر وأبي يوسف في قوله الآخر وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافا وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها في باب الأولياء والأكفاء فارجع إليه وما لم تذكره هناك لو قبض الأب المهر ثم ادعى الرد على الزوج إن كانت بكرا لم يصدق إلا ببينة لأن له حق القبض ليس له حق الرد فإن كانت ثيبا صدق لأن حق القبض ليس له فإذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة عنده من الزوج فيقبل قوله في الرد كالمودع إذا قال رددت الوديعة **قوله** وللمرأة أن تمنع نفسها من الدخول بها ومن أن يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل يعني ولا يتعين حقها إلا بالتسليم وبهذا التعليل لا يصح إلا في الصداق الدين أما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلأنها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه وقوله أي المعجل منه يتناول المعجل عرفا أو شرطا فإن كان قد شرط تعجيله كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه فبعضه فإن لم يشترط تعجيل شيء بل سكتوا عن تعجيله وتأجيله فإن كان عرف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تحبس إلا إلى تسليم ذلك القدر قال في فتاوى قاضيخان فإن لم يبينوا قدر المعجل ينظر إلى المرأة وإلى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيجعل ذلك معجلا ولا يتقيد بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فإن الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما إذا شرط تعجيل الكل إذ لا عبرة بالعرف إذا كان الصريح بخلافه وشمل هذا في غير نسخة من كتب الفقه فما وقع في غاية البيان من إطلاق قوله فإن كان يعني المهر مشروطا التعجيل أو مسكوتا عنه يجب حالا ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس هو الواقع بل المعتبر في المسكوت العرف هذا وللأب أن يسافر بالبكر قبل إيفائه في الفتاوى رجل زوج ابنته البكر البالغة

To: www.al-mostafa.com

وليس لها حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رح وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة او بالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية فدفع بها ثم جنى اخرى واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة **قال** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان ياتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه فيه الظاهر وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ

ثم اراد ان يحول الى بلد آخر بيانه فله ان يحملها معه وان كره الزوج فان اعطاها المهر كان له ان يحبسها **قوله** وليس له حق الاستيفاء كل من الزوج والمراة له حق الاستيفاء وعليه الايفاء بكماله استيفاء منافع البضع وعليه ايفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها ايفاء منافع بضعها ح فقد ينقلب هذا الدليل فيقال ليس لها حق استيفاء المهر قبل ايفاء منافع البضع والجواب ان هذا وقع في تعليل حبسها اياه لا في ثبوته له الاستيفاء فيمنع كل منهما لو طولب بايفاء ما عليه كان له الامتناع الى استيفاء ماله ويستلزم تمانع الحقوق وفوات المقصود ولو طالبها بايفاء الدخول فقالت حتى استوفي المهر كان له ان يقول لا اوفيه حتى استوفي منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا والصواب ان هذا التعليل بعد الالحاق بالبيع وان البضع كالمبيع والمهر كالثمن لكنك علمت ان في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا ومثله لا يتاتى في النكاح اذ كان المهر عينا مسمى فلا ولا في بيت الخلوة لا طلاق الجواب بان لها الامتناع الى ان تقبض هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولي منعها من الزوج الى ان يعطى المهر ولو زوجها غير الاب والجد كالعم وهي صغيرة ليس له ان يسلمها الى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض فان سلمها فالتسليم فاسد وترد الى بيتها لانه ليس للعم ولاية الابطال حقها كذا في التجنيس في رمز واقعات الناطفي ولو ذهبت الصغيرة الى بيته بنفسها كان لمن كان احق بها كما قبل التزوج ان يمنعها حتى يعطيها ويقبضه من له ولاية القبض لان هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من اهل الرضا **فرع**

اذا كان يسكن في بيت الغصب لها ان تمتنع من الذهاب اليه فيه ولا تسقط به نفقتها **قوله** ولو كان كله مؤجلا مدة معلومة وقليلة الجهالة كالحصاد ونحوه بخلاف ذلك في البيع وبخلاف المتفاحشة كالى الميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا ليس لها ان تمنع نفسها قبل الحلول ولا بعده لان هذا العقد ما اوجب لها حق الحبس فلا يثبت بعده وكذا لو حلت بعد العقد مدة معلومة لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع اذا اجل الثمن ليس له منع المبيع الى غاية القبض وفيه خلاف ابي يوسف فيما رواه المعلى عنه لان موجب النكاح تسليم المهر اولا فلما رضي بتاجيله كان راضيا بتاخير حقه بعلمه بموجب العقد بخلاف البيع فان تسليم الثمن اولا ليس من موجباته كما في المقايضة واختار الولوالجي الفتوى به وهذا اذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول فان شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق **قوله** فان دخل بها قبل الايفاء راضية وهي ممن يعتبر رضاها فكذلك عند ابي حنيفة اي ليس لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافا لهما واجمعوا انه لو دخل بها كارهة او صغيرة او مجنونة فبلغت وصحت وزال الاكراه يكون لها حبس نفسها بعده وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها لا يسقط حقها في حبس نفسها عنده خلافا لهما وعلى هذا النفقة **قوله** واذا اوفاها مهرها او كان مؤجلا نقلها حيث شاء من بلاد اسعد وكذا اذا وطئها برضاها عندهما وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى واختاره الفقيه ابو الليث وقال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بكتاب الله اولى من الاخذ بقول الفقيه يعني قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وافتى كثير من المشايخ بقول الفقيه لان النص مقيد بعدم المضارة لقوله تعالى ولا تضاروهن بعد اسكنوهن والنقل الى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم ما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها واطرافه والقرى القريبة التي لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر وقال بعض المشايخ اذا اوفاها المعجل والمؤجل وكان رجلا مامونا فله نقلها **قوله** ومن تزوج امراة ثم اختلفا الاختلاف في المهر اما في قدره او في اصله وكل منهما اما في حال الحيوة او بعد موتهما او موت احدهما وكل منهما اما بعد الدخول او قبله فان اختلفا في حال الحيوة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق او بعده حكم مهر المثل فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه وان لم يكن من جهة احدهما بان كان بين الدعويين تحالفا ويقضي مهر المثل هذا قول ابي حنيفة ومحمد على تخريج الرازي على تخريج الكرخي

ثم ذكر هنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فيحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل

تحالفا في الفصول كلها ويحكم مهر المثل وقال ابو يوسف القول للزوج مع يمينه في الكل الا ان ياتي بشيء قليل وفسر المستنكر جماعة بان يذكر ما لا يتعارف مهرا لها وقوله والمستنكر احتراز عن قول من قال ان يذكر ما لا يصلح مهرا شرعا اعني ان يذكر ما دون العشرة لانه ذكر في الفتوى في البيع فيما اذا اختلفا في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري الا ان ياتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي وقد يقال ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر اما هنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا ويجاب بان المستنكر شرعا داخل في المستنكر عرفا فانما يستنكر شرعا يستنكر عرفا ولا عكس فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة فصار الحاصل من قولنا الى ما يستنكر مطلقا لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفا او شرعا ولانه لو كان شرعا لم يتحقق لانه اذا ادعى خمسة كملت عشرة ولنا كلامه لان العشرة في كونه مهرا شرعا لا تتجزى فتسمية بعض ما لا يتجزى شرعا كتسمية كله فلا يتصور ان ياتي بالمستنكر وليس بذا الشيء لان عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لاتيانه بالمستنكر فقد يتصور وسيجيء الوجه في تفسير بولار البعض بانه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى انه تزوجها على مائة وهي تدعي الفا ومهر مثلها الف واقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند ابي يوسف رحمه الله لانه لولا الشهادة لكان القول له ولو لم تجعل المائة مستنكرا في حقها يعني مع ان التسمية العشرة مستنكر فيمن قيمتها عشرة امثالها وان اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه ما في الاصل والجامع الصغير وقال ابو يوسف رحمه الله القول للزوج الا ان ياتي على ما تقدم والاختلاف بينهم في ان القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع وكما يفيده قول المصنف في تعليل ابي يوسف الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر تقتضي كون القول له لانتفاء الظاهر معه وانما اختلفوا الاشتباه والظاهر هنا انه مع من شهد له مهر المثل لان الغالب في المسمى في الانكحة الا ان يكون اقل منه وهذا اوجه من قول الصدر لانه الموجب الاصلي لان كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا وقال ابو يوسف رحمه الله من يشهد له الاصل ببراءة الذمة وانما اعتبر الشاهد هنا مهر المثل لان القيمة الضرورية للبضع اذ ليس كان مالا وانما تتقوم اظهارا للشرف فيتقدر بقدر الضرورة وهي فيما اذا لم يتيقن بثبوت مسمى وهنا تيقنا وهو ما اقر به الزوج فيكون القول له ويحلف على نفي دعواه وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الاجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار الى تحكيم اجرة المثل لان تقوم المنافع ضروري فلم يصر اليه حيث امكن المصير الى المسمى فكان القول لمن يدعي الاقل فكذا هذا وجوابه ان تقومه شرعا اظهارا للخطر موجب الرجوع اليه عند التردد في الكمية لا ينفيه بل هو احق من التقوم الذي يثبت بسبب المالية لان ذلك يقبل الابطال بخلاف هذا واما القصار ورب الثوب اذا اختلفا في الاجرة فليس بفعله موجب في الاجر بدون التسمية ليصار الى اعتباره وللنكاح موجب فهو اشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار مما ذكر فيه يحكم قيمة الصبغ واما قوله تيقنا التسمية وهي ما اقر به الزوج فليس بذاك بل المتيقن احدهما غير عين وهو لا ينفي الرجوع اذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حتى تعذر القضاء باحدهما عينا قوله ثم ذكر هنا اي في الجامع الصغير ان القول للزوج في نصف المهر اذا طلقها قبل الدخول وكذا في الاصل وفي الجامع الكبير يحكم المتعة وقد قدمناه ووجه التوفيق ظاهر من الهداية وحاصله يرجع الى وجوب تحكيم المتعة الا في موضع يكون ما اعترف به اكثر منها فيؤخذ باعترافه فيعطي نصف مهر المثل وهذا ذكر ان المتعة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل وقد نبهنا بان المتعة موجبة فيما اذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا

قوله ... القضاء باجرها

وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمس مائة تحالفا واذا حلفا تجب الف وخمس مائة هذا تخريج الرازي رح وقال الكرخي رح يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما

بمقدار ما اتفقا عليه وهو نصف ما اقر به الزوج ويحلف على نفي دعواها الزائد وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف ولهذا قيل في المسئلة روايتان لكن ما ذكر في جواب قول ابي يوسف رح آنفا يدفعه **قوله** وشرح قولهما اذا ادعى الفا وهي الفين ومهر مثلها الف او اقل فالقول له مع يمينه بانه ما تزوجها على الفين فان حلف لزمه ما اقر به تسمية اي لا تخيير فيها بين ان يعطيها دراهم او قيمتها ذهبا وان نكل لزمه الفان مسمى لان النكول اقرار او بذل على الخلاف وكلاهما تقتضيه تسمية وان كان مهر مثلها الفين او اكثر فالقول لها مع يمينها بانه ما تزوجته على الف وان نكلت فلها ما اقر به تسمية لاقرارها به وان حلفت فلها ما ادعت قدر ما اقر به تسمية لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لان يمينها لدفع الحط الذي يدعيه هو ثم وجوب الزائد بحكم انه مهر المثل وايهما اقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه تسمية فان اقاماها فبينتها اولى في الوجه الاول لاثباتها الزيادة وبينته في الثاني لاثباتها الحط وان نص محمد رح في هذا ان بينتها اولى لاثباتها الزيادة كالفصل الاول كذا في جامع قاضيخان وجه الاول ان الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل وانما اثبتت بينتها تعيينها دراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة بخلاف الظاهر وهو الحط فهو المثبتة للزيادة بطريق الاصالة فكانت اكثر اثباتا من المثبتة للوصف وان كان مهر مثلها بين الدعويين الفا وخمسمائة فان لم يكن لهما بينة تحالفا وايهما نكل لزمه دعوى الآخر وما وقع في النهاية من ان الزوج اذا نكل يلزمه الف وخمسمائة كانه غلط من الناسخ وان حلفا يجب مهر المثل قدر ما اقر به تسمية والزائد يتخير فيه فان اقام احدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى وان اقاماها تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الاثبات والدعوى ثم يجب مهر المثل ويتخير فيه كله لان بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل بخلاف التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق وذكر قاضيخان انه كفصل التحالف هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا ان على تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك والاحسن ان يقال يتحالفان ثم يعطى مهر المثل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وبالتحالف ينتفي بيمين كل دعوى صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فيجب مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازي اولى لانا لا نحتاج الى مهر المثل للايجاب بل ليعين من يشهد له الظاهر فيكون القول له مع يمينه فلا حاجة الى التحالف ويقرع في التحالف للابتداء استحبابا ولو بدأ بايهما كان جاز وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبدأ بيمين الزوج لانه كالمشتري والمهر كالثمن في المتبايعين يبدأ بيمين المشتري في مذهب الاسبيجابي **قوله** ولو كان الاختلاف في اصل المسمى في حال الحيوة بان ادعاه احدهما ونفاه الآخر يجب مهر المثل بالاجماع ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق لانه هو الاصل عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح تعذر القضاء بالمسمى لان القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار الى مهر المثل واستشكل كون مهر المثل هو الاصل عند محمد بل هو مع ابي يوسف في ان المسمى هو الاصل على ما صرح هو به في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد واحدهما اوكس وما ذكر من ايجابه مع ابي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد اشرنا الى انه ليعرف من يشهد له الظاهر بناء على ان العادة كون المسمى لا ينقص من مهر المثل لانا ذكرنا منعنا في تلك المسئلة ثبوت اختلافهم في ان الاصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه لا ينبغي بذلك الخلاف فلا يشكل على هذا كون الاصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند ابي حنيفة بل الاولى ان يقال لكل من المسئلة اتفاقية **قوله** ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما اي حال قيام النكاح في الاصل والقدر

فقالت هي هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب

المهر فالقول قوله في الحكم لانه انكر التمليك واذا استمر العرف بين الناس على ما عرفته بهذا والذي يجب اعتباره في ديارنا ان جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف في ذلك كله ارساله هدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول قوله الا في نحو الثياب والجارية وفيما اذا بعث الاب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكرناه في فتاوى اهل سمرقند وكذا البنت فيما اذا اذنت في بعثه تعويضا هذا اذا كان بعثها عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر انه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان خاما والله سبحانه اعلم قوله (وقيل ما يجب بخلاف الخف والملاءة لا يجب عليه) اذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها الا فيما سنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى ويجب عليه الخف والملاءة لا متاعهما كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع والخمار انما ينفي احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة **فروع** جهز ابنته وزوجها ثم ادعى انه دفعه لها عارية وقالت تمليكا او قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الاب عارية قيل القول للزوج ولها لان الظاهر شاهد به اذ العادة دفع ذلك اليها هبة واختاره السغدي مع اختيار الامام السرخسي رحمه الله كون القول للاب لان ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الاول ان كان العرف ظاهرا بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى قاضي خان وغيرها وان كان العرف مشتركا فالقول للاب وقيل ان كان الرجل ممن مثله يجهز البنات تمليكا فالقول للزوج والا فللاب ولو ابت الزوج من المهر وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وانكر الزوج فالقول له وقيل ينبغي ان يكون القول للورثة لان الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر ان الورثة لم يكن لهم حق وانما كان لها وهم يدعونه لانفسهم والزوج ينكر فالقول له وفي البدائع في كتاب النفقات اعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج الا ان تقيم هي البينة لان التمليك منه وفي الخلاصة انفق على معتدة الغير على طمع ان يتزوجها اذا انقضت عدتها فلما انقضت ابت ان شرط في الانفاق التزوج يعني كان يقول انفق بشرط ان تتزوجيني يرجع زوجت نفسها او لا لانه رشوة والصحيح انه لا يرجع لو زوجت نفسها وان لم يشرط لكن انفق على هذا الطمع اختلفوا والاصح انه لا يرجع اذا زوجت قال الصدر الشهيد قال الشيخ الامام الاصح انه يرجع عليها زوجت نفسها منه او لا لانه رشوة واختاره في المحيط وهذا اذا دفع الدراهم اليها لتنفق على نفسها اما اذا كل معها فلا يرجع بشيء انتهى ولم يذكر ما اذا ابت ان تتزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحا الا انه قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده انه يرجع اذا لم تتزوجه وحكى في فتاوى الخاصي فيما اذا انفق بلا شرط بل للعلم بانه ينفق للتزوج ثم لم تتزوجه به خلافا فمنهم من قال يرجع لان المعروف كالمشروط ومنهم من قال لا قال وهو الصحيح لانه انما انفق على قصده لا شرطه وفيما ادعت على زوجها بعد وفاته ان لها عليه كذا من مهرها تصدق في الدعوى الى مهر مثلها في قول ابي حنيفة لان عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له كان القول له مع يمينه وفي النوازل تجهزت لابويها ما قبعث الزوج اليها بقرة فذبحها واطعما ما يام الماتم فطلب قيمتها فان اتفقا انه بعث اليها لتذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له ان يرجع عليها لانها فعلته باذنه من غير شرط القيمة وان اتفقا على ذكر الرجوع بالقيمة فله ان يرجع وان اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لان حاصل الاختلاف راجع الى شرط الضمان وهي منكرة **تتمة** فيها مسائل الاولى مسألة فورية ذكرها في باب المهر من العتاب المذكور فيما تتعلق بالميراث فاحببنا الاتباع بذكر المهر زيادة بيانا تزوج بنتين في عقدة والثالثة في عقدة ومات قبل ان يدخل بواحدة منهن وقبل ان يعرف المتقدمة نكاحها من غير ذلك الزوجات وجهل المهر صدق عند عدم الولد وعند الاشتباه في الولد عله لازمة من على ثلثة وعشرين سهما للتي تزوجها وحدها بالاتفاق

قال رحمه الله وفي الطعام الذي يؤكل فالقول قوله والمراد منه ما يكون مهيأ للأكل وهذا استحسان هداية وكذا في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا

والباقي نصفه للثنتين ونصفه للثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ثمانية أسهم من الباقي للثنتين وتسعة للثلاث على تخريجهما وإنما قلنا المسئلة من أربعة وعشرين لأن نكاح الواحدة صحيح على كل حال لأنه إن تقدم فظاهر وكذا إن توسط لأنها تكون ثالثة إن وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث وكذا إذا تأخر لبطلان نكاح أحد الفريقين فيقع هي ثالثة أو رابعة ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال ثم نقول إن صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث وإن صح مع الثلث فلها ربعه فيحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر أو نقول مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة وبينهما مباينة فضربنا أحدهما في الآخر فصار اثني عشر فيكون لها الثلث في حال أربعة والربع في حال ثلاثة فثلاثة ثابتة بيقين والربع يجب في حال دون حال فيتنصف للشك فيه فينكسر فيضعف فيصير أربعة وعشرين أو نضرب مخرج النصف وهو اثنان في اثني عشر فصار أربعة وعشرين ثم نقول للتي تزوجها وحدها سبعة من أربعة وعشرين لأن لها الثلث في حال ثمانية والربع في حال ستة فستة ثابتة بيقين ووقع الشك في سهمين لأنهما يثبتان في حال ويثبتان في حال فيثبت أحدهما ويضم إلى ستة فصار لها سبعة وما بقي تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة أربعة عندهما على اختلاف تخريجهما أما أبو يوسف رحمه الله فيعتبر المنازعة فيقول لا منازعة للثنتين في السهم السابع عشر لأنهما لا يدعيان الأثلثي الميراث ستة عشر فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لا من يدعين ذلك لأنهن يدعين ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر بقي ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية وأما محمد فيعتبر الأحوال فيقول إن صح نكاح الثنتين فلهما ثلث الميراث ستة عشر وهو حال تقدم اسمه تقدم الثنتين على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما ثلثاه فإن لم يصح فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية والثلاث إن صح نكاحهن فلهن ثلثة أرباع الميراث ثمانية عشر لأن الواحدة ترث معهن فإن لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط من الخلاف قولنا المادة مع المادة والعين مع العين أي محمد الأحوال ويعقوب المنازعة وعند أبي حنيفة نصف ما بقي للثنتين ونصفه الآخر للثلاث لأن الفريقين في علة الاستحقاق سواء لأن كل فريق يستحق في حال وهو ما إذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التأخير فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراثهن بين الفريقين نصفين كذا هنا فالمتنصف وقع الكسر فنعتقدا المجموع صار ثمانية وأربعين أو تضرب مخرج النصف وهو اثنان في أربعة وعشرين فيصير ثمانية وأربعين للواحدة من ذلك أربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فنطلب بين السهام والرؤس الاستقامة والموافقة والمباينة فنقسم أربعة عشر على الواحدة ولا يستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلث ولا موافقة بين ذلك أيضا فحصل معنا اثنان وثلثة فنطلب بين الرؤس والرؤس الأحوال الأربعة التداخل والتماثل والتوافق والتباين فوجدنا ما تباينة فنضرب ثلثة في اثنين أو على العكس فحصل ستة فنضربها في ثمانية وأربعين فتصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريقة معرفة ما لكل أن تضرب ما كان له من هذه الستة فكان للواحدة أربعة عشر فضربناها في ستة تحصل لها أربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة واثنان لكل من الثنتين أحد وخمسون ولكل من الثلث أربعة وثلثون فإن قيل ما ذكر أبو حنيفة مشكل لأنه يعطي الثنتين ما لا يدعيانه وأجيب بأنهما إنما لا تدعيانه إذا استحقت الواحدة ذلك السهم فأما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعويهما ودعوى الثلث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء وهذا الاختلاف في الإرث أما المهر فالزوج إن كان حيا يؤمر بالبيان حبرا والقول قوله في الثلث والثنتين ١٠٦

وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه والله اعلم

الاول لان نكاح احد الفريقين صحيح فى نفس الامر والزوج هو باشر العقود فان قال لا ادرى الاول يحجب عنهن الا الواحدة لانه قربا الاشتباه فيما لا يساغ فيه التحرى وان مات احد الفريقين والزوج حى فقال هن الاول رشن واحلى منهن دفرق بينه بين الاواخر وان كان دخل بهن كلهن ثم قال فى صحته او عند موته لاحد الفريقين ذلك فهو الاول ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم فى الدخول فى النكاح الفاسد فالدخول بهن لا يوثر فى البيان اذا لم تعلم السابقة فى الوطى واما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمى لها بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلث مهر ونصف للثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما تراضى الى اصلهما فى اعتبار المنازعة والحال ح ابو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة فى المهر دون الميراث فقال ما فضل من الواحدة بينهما بين الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لانهما قد استويا فى الاستحقاق فيكون بينهما فاما بناها فالثنتان لا يدعيان النصف الزائد على المهرين والثلث يدعينه فسلم لهن وفى المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما او نقول اكثر ما لهن ثلثة مهور بان يكون لهن نكاح الثلث واقل ما لهن مهران بان يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك فى مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لا منازعة للثنتين فى الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلث وهو نصف مهر بقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد ومحمد يقول ان صح نكاح الثلث فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف اما الثنتان فلهما مهران ان صح والا فلا شئ لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد واما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر وعلى الفريقين كذلك لان الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث اوجب لهن مهرا او ميراثا والعدة مما يحتاط فيها فان كان الزوج دخل بهن ولا يعرف الاول من الآخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا اعنى اربعة اشهر وعشرا تستكمل فيها ثلث حيض المسئلة الثانية تزوج امراة وابنتها فى ثلث عقود ولا يدرى الاولى منهن ومات قبل الوطى والبيان فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح احديهن ليس غير لانه ان تزوج الام اولا لم يصح نكاح بنتها والبنت فكذلك ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق ثم اختلفوا فى كيفية القسمة فقال ابو حنيفة للام النصف من كل من المهر والميراث وقال ابو يوسف ومحمد يقسم بينهن اثلاثا ولو كان تزوج الام فى عقدة والبنتين فى عقدة كان الكل للام بالاتفاق للتيقن ببطلان نكاحهما تقدم او تأخر عن الام للجمع بين الاختين فى عقد ولو كان تزوج امراة وامها وابنتها او امراة وامها واخت امها كان المهر والميراث بينهن اثلاثا اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول والاصل ان المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق ونكاح كل واحدة يصح فى حال ولا يصح فى حالين فاستويا فى حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الاصل لكنه يقول الام لا يزاحمها الا احدى البنتين لا تيقنا ببطلان النكاح احدى البنتين والاثنان فى النصف استويا لانه ليست احديهما بتعين جهة البطلان اولى من الاخرى المسئلة الثالثة لو قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها فى يوم ثلث مرات ودخل بها فى كل مرة فعلى قوله وعليه مهران ونصف مهر ووقع عليه تطليقتان على قول ابى حنيفة وابى يوسف لانه لما تزوجها اولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر فلما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطى عن شبهة فى المحل اذ الطلاق غير واقع عند الشافعى رح بناء على ان هذا التعليق عنده لا يصح ووجبت العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت اخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى فان من تزوج معتدته البائن فطلقها قبل الدخول فعند ابى حنيفة وابى يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة خلافا لمحمد فى ايجاب نصف المهر وبقية عدتها التى كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهرين ونصف فاذا دخل بها

فصل وإذا تزوج النصراني نصرانية بميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان
في دار الحرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين وأما في الذمية فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها وقال زفر رحمه الله لها مهر المثل في
الحربيين أيضاً له أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال وهذا الشرع وقع عاماً فيثبت الحكم على العموم ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية
الإلزام منقطعة لتباين الدار بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار
ولأبي حنيفة رحمه الله أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الإلزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك
منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فإنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها
والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل السكوت

وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعاً فلا يجب بالوطء شيء فإذا تزوجها ثالثاً لا يصح النكاح لأنه تزوجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح وعلى قول محمد
بالتزوج الأول والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعده مهر كامل وبالتزوج والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه أيضاً مهر ونصف وكذا بالتزوج الثالث
فكان الواجب على قوله أربعة مهور ونصف مهر وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعاً بالوطء عقيب النكاح الثاني فلم يقع على موطوءة
وعندهما لما كان الدخول في الأول دخولاً في الثاني كان الطلاق الثاني عقيب الدخول ولا يخفى عليك أن الدخول الأول لم يكن في نكاح
بل ليس إلا وطئاً بشبهة فاقتضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطء في عدة وإن كان تلك العدة من غير طلاق بل عن وطء بشبهة إذ كان
مسبوقاً بطلاق ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسألة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما وأربعة مهور ونصف
على قول محمد وتخريج ذلك على الأصل المذكور لكن فقول محمد يلزمه أربعة مهور ونصف على الأصل المذكور له اتفاقاً ظاهر وأما وجه ما ذكر عندهما فلأنه بالنكاح
الأول والدخول بعده يجب مهر ونصف وبالنكاح الثاني طلقت بائناً ولها مهر كامل لأنه طلاق بعد الدخول على قولهما ومهر آخر بالدخول بعده
للشبهة ولم يصر به مراجعاً لأن الطلاق بائن وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثاً ولها مهر وبالدخول بعده مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصف ثلاثة
بالدخول ثلث مرات ونصف بالتزوج الأول ومهران بالتزوجين الأخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما

فصل في مهور الكفار لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار **قوله** وإذا تزوج نصراني المراد إذا تزوج ذمي كتابي أو مجوسي
على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر ولو أسلما أو رفع أحدهما الآخر إلينا
أو ترافعا وهذا إذا لم يدينوا مهر المثل بالنفي وكذا لو تزوجها على دم لأنهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه وهذا لأنهم لا يتمولون الميتة
حتف أنفها بخلاف الموقوذة وكذا في المحيط هذا مذهب أبي حنيفة وبه قالا في الحربيين أي لو أسلما أو ترافعا أما في الذمية
فلها عندهما مهر مثلها إن دخل بها أو مات أحدهما والمتعة إن طلقها قبل الدخول لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه وبهذا قال زفر في الحربيين أيضاً
لأن الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال وهذا الشرع وقع عاماً فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها حتى إنه يصير عبادة
بالنية والكافر ليس من أهلها فيتمحض معاملة في حقه ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين الأحكام وليس لنا عليهم ولاية الإلزام للتباين بخلاف
أهل الذمة فإنهم التزموا في المعاملات وولاية الإلزام ثابتة فنتعرض إذا ترافعوا في نهيناهم عن الزنى ونحكم بفساده والنكاح منها ولذا تجري
عليهم أحكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثاً ونكاح المحارم وقد يقال من
طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم بعموم الخطاب حتى إذا ترافعا يقضى عليها بالتزامها حال كونها مخاطبة فإنا أقررنا
الوجوب ليظهر عند إمكان الترافع أثره قوله ولأبي حنيفة رحمه الله حاصله منع المقدمة القائلة إنهم التزموا أحكامنا في المعاملات بل ليس المتحقق بعقد
الذمة ما يعتقدون خلافه فيها إلا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم كذا في بعض كتب الفقه وفي بعضها ما ذكرناه
من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي فيحمل أحدهما على من يدين بحرمتهن ويحمل الآخر على من لا يتدين به كالمجوس فلم يتعرضوا لهم فلم نؤمر بإلزامهم بل نتركهم وما
يدينون فصار أهل الذمة أولى من أهل الحرب بذلك لأن المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بعدمها والمانع في أهل الذمة المنعة الشرعية
وأمرنا بتقريرها بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقودهم قال صلى الله عليه وسلم إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد رواه أبو عبيد القاسم بن سلام

ای کان الطلاق عقیب الطلاق

وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رحمه الله لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام

بسنده في كتاب الاموال عن ابي المليح الهذلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران فكتب لهم كتابا فساقه وفيه ولا تاكلوا الربا فمن اكل منهم الربا في ذمتي منهم بريئة وفي مصنف ابن ابي شيبة بسنده الى الشعبي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم نصارى ان من بايع منكم بالربا فلا ذمة له وهو مرسل وهو حجة عندنا واذا امتنعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الاسلام الا المستثنى فبعد الاسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرطا لبقائه والذي يقتضيه النظر ان الاستدلال على ان الكفار مخاطبون بالمعاملات ان تم تم المطلوب لزفر رحمه الله الا ان الامر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى ان لا نتعرض لهم ما لم يرضوا بحكمنا ويسلموا وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعا في ذمتهم وحالة الاسلام وان كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لانه الحكم القضاء بالتقرير في الذمة اول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم **قوله** وقد قيل ان في الميتة والسكوت عن المهر روايتان بخلاف نفيه صريحا ففي ظاهر الرواية لها مهر المثل وذكر الكرخي انه لا فرق بين قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بين السكوت والنفي ووجهه على ما في المبسوط ان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه الا بالشرط ووجه الظاهر ان النكاح معاوضة فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لانها ليست مالا عندهم فذكرها لغو ورجح المصنف ان الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر **قوله** فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير باعيانهما ثم اسلما او اسلم احدهما قبل قبض الصداق المذكور فليس لها الا الخمر والخنزير وان كان بغير اعيانهما واسلما قبله فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا التفصيل مذهب ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وهو قول الائمة الثلاثة وقال محمد لها القيمة في الوجهين وهو قول ابي يوسف رحمه الله الاول وقد اشترك قولاهما في عدم ايجاب عين الخمر والخنزير اذا كانا باعيانهما مع جينهما في دليله فقال وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض المعين ولهذا لو هلك قبل القبض او تعيب فاحشا فهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله ان كان مثليا والا فقيمته وبعد القبض يهلك من مال المراة ويتنصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض اذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف الا بقضاء او تراض على ما اسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر وكذا الزوائد تتنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا فيكون له شبه بالعقد لثبوت اثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالاسلام كما يمتنع العقد اي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد لحقيقة العقد بحقيقته في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ولا يبطل العوض واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فامتنع افترقا فقال ابو يوسف رحمه الله لو كانا مسلمين وقت العقد فعقدا على الخمر والخنزير يجب مهر المثل وكذا اذا كانا مسلمين وقت القبض ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض تجب القيمة لامتناع اعطائه مثل الخمر **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه قبل القبض ببدل وبغير بدل فقبضه ليس موجبا لملكه ولا لملك التصرف فيه فليس مؤكدا الا انه لمجرد الضمان من الزوج الى المراة في الهلاك وذلك اي انتقال الضمان لا يمتنع بالاسلام لان موجبه صورة اليد وصورتها لا تمتنع بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره والذمي اذا غصب منه الخمر والخنزير ثم اسلم له ان يستردهما من الغاصب فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر فيخللها او يريقها والخنزير فيسيبه فان كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منعناه كونه مؤكدا وان كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الاسلام اياه وفي الاسرار ولان سلمنا ان القبض مؤكد للملك فلا نسلم ان الاسلام منع تاكد الملك بدليل ان من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان للكافر فيه واه يجوز ان يملك

بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد بالقبض واذا صار القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما

العبد عنده قبل التسليم اليه وبالتسليم اليه تيقرر الملك وبذا التسليم لا يمتنع بالاسلام وان كان فيه تاكيد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضاه وبما عيب ثم اسلم سقط خيار الرد وان كان في سقوطه تاكد ملك الخمر فعلم ان الاسلام لا يمنع تاكد الملك **قوله** بخلاف المشتري متصل بقوله تيم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف المشتري لا تيم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه والقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والاسلام مانع منه فلذا لو باع الذمي الخمر والخنزير او اشتراهما ثم اسلم ينفسخ البيع لامتناع افادة ملك فيهما مع الاسلام وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالاجماع ونقل عن بعض الفضلاء ان قوله في النهاية ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فيقبض المشتري ناقل الضمان الملك وضمان المهر في يد الزوج ليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافي قول الهداية وبالقبض تنتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وهو غلط وانما معناه ان الهلاك في يد البائع يعود الى ملكه فاذا هلك على ملكه لا يضمن لاحد شيئا بل يسقط الثمن وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن واما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب وبهذا صرح في النهاية بعد قوله يهلك على ملكها بان قال ولهذا اوجب لها القيمة **قوله** ولو طلقها قبل الدخول بها ففي المعين لها نصفه عند ابي حنيفة رحمه الله وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لانه اوجب القيمة فيتنصف وعند ابي يوسف رحمه الله وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف

باب نكاح الرقيق الرقيق العبد ويقال للعبيد لما فرغ من نكاح الاحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الارقاء والاسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم اولاه نكاح الارقاء ثم اولاه نكاح اهل الشرك واما ما تقدم من فصل النصراني فانما هو في المهر من توابع صور المسلمين والمهر من توابع النكاح فاردفه تحته **قوله** لا يجوز نكاح العبد الا باذن سيده اي لا ينفذ فانه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك وبرواية عن احمد والنسبة الى مالك في الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقريره جعل المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بان من ملك شيئا ملك ضده ومن يملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك اثباته شرعا على نفسه وكذا ملك التطبب ولم يملك اكل السم وادخال الموذي على البدن والاوجه بيانها بانه ملك الطلاق لانه من خواص الادمية فكذا النكاح ويجاب بما سنذكر والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والعاهر الزاني وفي السنن ايضا عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اما في العبد فتشتغل الذمة بالمهر والنفقة واما في الامة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وهذا تصرف في ماله بالاتلاف فلا ينفذ الا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب الى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح فالطلاق ازالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح لا يقال يصح الاقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع ان فيه اهلاكه فضلا عن تعييبه لانا نقول هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع امرا ونهيا كالصلوة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيره الا فيما علم اسقاط الشارع اياه عنه كالجمعة والحج ثم هذه الاحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد اخرجه عن ملكه في ذلك الذي دخل فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد واعاظم العيوب وكذا المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اذ به يحصل المهر والنفقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الاب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الامة لا العبد لانه تنقيص للمالية

او لذلك، والمكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم، واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما، واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تقع عليها رجعية فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده

شريكا لهما والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الامة عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يملكون وانما لم يجز تزويج الكاتبة نفسها لما ذكره المصنف رح وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا من رجاء فوات المكاتبة على الرق والاكتساب الذي اوجب الكتابة اطلاقه ما لا يوجب خللا في ذاته المملوكة والاكتساب بالنكاح انما يكون بتمليك جزء منها بغير السيد اذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالارش ولان هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحته الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرارها لجواز عجزها وافضائها الى زوال ملك الرقبة بجواز التعجيز والرد الى الرق فتترد مملوكة البضع للغير فتمتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد قوله وكذا المدبر والمدبرة يعني لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن ام الولد يعني لو زوج ام ولده فجاءت بولد من الزوج فان حكمه حكم امه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه واما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه حر مديون وهذا فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها ولا يجوز للعبد ان يتسرى اصلا اذن له مولاه او لم يأذن لان حل الوطء لا يثبت شرعا الا بملك اليمين او عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه في عقد النكاح قوله واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه وقوله يباع فيه اي ان لم يفده المولى وتقريره انه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه اما وجوبه فلمقتضيه وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للاذن واما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن ارباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والحاصل ان الدين انما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته فمعنى اذنه ظهور الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم ان يستوفوا من نفسه فعلى هذا يكون الاذن رفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير انه ان فداه المولى حصل المقصود والمقتضى لذلك دفع المضرة عن ارباب الديون واذا بيع ولم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانها تجب شيئا فشيئا واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا زوج عبده من امته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب ثم يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة في هذا الوجوب لانه لو وجب لوجب في مالية هي للمولى قوله المدبر والمكاتب يسعيان في المهر لما بيناه وجاء ثم تمتنع الاداء جنايتهما لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك وكذا معتق البعض وابن ام الولد فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما الا اذا عجز المكاتب فيسوى في الرق فيباع في المهر قوله فقال له طلقها او فارقها فليس ذلك باجازة تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل ان يقول رضيت او اجزت او اذنت والدلالة ان يسوق اليها المهر او بعضه وسكوته لا يكون اجازة وثم الفاظ اختلف فيها والفاظ اتفق في عدم اعتبارها مثل قوله هذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك الله لك فيها واحسنت او اصبت او لا بأس به اختلف فيه قال الفقيه ابو القاسم ليس شيء منها اجازة واختيار الفقيه ابي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد انه اجازة ما لم يعلم انه قال استهزاء اعرف هذا في مسألة الكتاب وهو ما اذا قال طلقها لا شك ان مقتضى حقيقة اللفظ فيها الاجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك ان افتيات العبد على سيده وتمرده بمباشرته سبب تعييبه عليه يستوجب به زجره وبه فارق الفضولي المحض فانه معين والاعانة تنتقض بعدم الامضاء لتصرفه وعدم الغاية ولذا لو قال للفضولي طلقها كان اجازة على ما هو الاوجه

تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق
واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون
ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف
لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجري
على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطي

ولذا جعلنا اول المسئلة في البداية فضولي في الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد اعني طلقها بعد علمه بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستعماله
فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا في قصد الرد ما لم يعلم قصد الاجازة بقرينة تقترن به او نص آخر مثل ان يقول طلقها تطليقة
تملك الرجعة او اوقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذي تملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته
بخلاف طلقها فانه قد يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاقا مجازا اصلت هذه المسئلة متمسكا لابي القاسم ومن قال بقوله والجواب ان لفظ الطلاق
المجرد استعمل كثيرا في المتاركة العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو احسنت الخ
فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل الظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه
لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقته فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم اتتخذنا هزوا قال اعوذ بالله ان اكون
من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهومه يفيد الاجازة بلا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال
للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب بصحة النكاح ولذا لم يستعمل المقيد اعني قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة او اوقع عليها في المتاركة جعل اجازة فوجب
ترجيح قول الفقيه ومن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصنف لم يوجبه الا بان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فافاده ثبت اقتضاء فيورد عليه
طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا لا يعتق مع ان كلا منهما لا يكون الا بعد الحرية واجيب بان اشياء الشرائط
التي هي اصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للمعتق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لثبوته
تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعييب مال الغير فقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لاثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والملك
شرط العتق وقوله اعتق عبدك عني بالف يثبت به تحويل المملوكية اليه لا اصلها في العبد ومملوكيته في العبد امر زائد على مملوكيته وعلى تقريرنا لا يحتاج
الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز
ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بعد ان باشر بلا اذن
فللمشتري الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث اما ان كانت امة فتزوجت بلا اذن ثم مات المولى
فورثها من يحل له وطيها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطيها بان كان ورثها جماعة او امرأة او ابن المولى وقد كان الاب
وطيها توقف على اجازة الوارث وعلى هذا قالوا في امة تزوجت بغير اذن مولاها فوطيها الزوج فباعها المولى فللمشتري الاجازة لانه لا يحل له
وطيها لان وطي الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد فيحل للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء
لطريان الحل الثابت على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع واصله ان الموقوف على اجازة انسان تحتمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه
انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثاني قلنا انما توقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثاني مثله في ذلك فالحاصل انه دائر مع الملك
فينتقل بانتقاله **قوله** تزوج هذه الامة التقييد بالامة والاشارة اتفاقي فان الحكم المذكور جار في الحرة وغير المعينة **قوله** واصله اي الخلاف
الاختلاف في ان الاذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يختص بالصحيح والاتفاق على ان الاذن في البيع يعم الصحيح والفاسد وعلى ان
التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فالمقام بالتوكيل بالنكاح لان عدة الاصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح وكذا لو حلف لا يتزوج

ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح

ينصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد في المستقبل الحلف على الاعفاف وذلك انما يحصل بالجائز بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد في الماضي العقد والحقه بالبيع بجامع ان بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعميم واجراء اللفظ على اطلاقه وينبني على هذا الاستيفاء في المهر في الفاسد اذا دخل بها فيه عنده وعندهما الا انه لا يجوز له تزوج اخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن لم ينته بذلك **قوله** ومسئلة اليمين على هذه الطريقة اي طريقة اجراء اللفظ على عمومه ممنوعة والطريقة الاخرى ان السيد اذن يمضي على المرتبة لانه من خواص الآدمية والحاجة الى اذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكانه قال له اذا قلت تزوج اشغل رقبتك بالمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة بصحيحة لما سنذكر من ملك السيد الكامه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لانه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريق الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بان الايمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فيبطل ما يقال الاعفاف بالحل لا يتوقف عليه فلا يدوم الصحيح ليظهر كون الحالف عليه والله اعلم **فروع** الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلاثا ثم اذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند ابي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند ابي يوسف رحمه الله الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان عجز ورد في الرق وعند الشافعي رحمه الله يفسد للحال لملك زوجته شيئا منه ولهذا لا يصح اعتاقه اياه وبدل الكتابة لنا انها لم تملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا بالفساد للنكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة وانما العتق فيه فلا يبرأ عن بدل الكتابة والاثم يعتق الثالث اذا عتق عبد بجزية امته فتزوجها على انها حرة فولدت فالولد عبد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر **قوله** ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل فلو زوجها منها باكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا لوجود المقتضي وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع وما يخال من انه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت الملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم تلزمه بطلان حقهم في مقداره اذا كان مهر مثلها او اقل المخصوص امر واقع ضمنا لازم للازم باتفاق الحال الا في نفس الامر وكان ضمنيا فلا يعتبر في اثباته ونفيه الا حال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت اسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **قوله** ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها وكذا اذا زوج ام ولده ومدبرته وان شرط الزوج التبوية لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوية ان يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجي وتخدم المولى لا يكون تبوية وعند الشافعي رحمه الله واحمد رحمه الله يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا وعند مالك رحمه الله يسلمها ليلة بعد ثلث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلث والتبوية ابطال له فيكون ابطال لحق الاعلى للادنى وقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوية بل بمجرد اطلاق وطئه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وهذا القدر ثابت فاثبات القسم كذلك اثبات بلا دليل او يقال الملك منافع بضعها تسليمها الا انا نقول التسليم بالتخلية والتبوية امر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها واذا بوأها ثم بدا له ان يردها الى خدمته كان له ذلك وكذا لو بوأها وبيت نفقتها على الزوج وكذا اعادها سقطت فان قلت ما الفرق بين ان يشترط الزوج التبوية فيتزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوية وبين ان يشترط الحر المتزوج بامة رجل حرية اولاده حيث يلزم في هذه ويثبت حرية الاولاد

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما

من اولاده وهذا ايضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب ان قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار بخلاف اشتراط البوّية فانه بتعليقها لا يقتضي عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل ان المعلق هنا وعد يجب الايفاء به غير انه لم يف به لا يثبت متعلقه اعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوّأة تجب لها النفقة العدة ولو لم تكن مبوّأة من الابتداء او طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما

فروع ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه ملكه لا على الاب انتهى قال اي صاحب الهداية ذكر اي محمد تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما اي لم يشترطه وهذا يرجع الى مذهبنا ان المذهب ان للمولى اجبارهما اي ان يعقد لهما فينفذ عليهما طوعا او كرها ولا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف وعند الشافعي لا اجبار في العبد بل في الامة وهو رواية ذكرها عن ابي حنيفة صاحب الايضاح والطحاوي عن ابي جعفر وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان احدهما ان متناول النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالاجنبي وكتزويجه مكاتبته ومكاتبته بخلاف امته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما انه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه المقتضي لتمكنه من اصلاحه ودفع اسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنى الذي هو طريق الهلاك او النقصان به او في مالية بتعيبه فانما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وانها علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانا انتقضنا طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها واما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين احدهما ان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني ان حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها واما الحاقه بالمكاتب والمكاتبة ففي الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما ومن هذا استظرفت مسئلة نقلت من المحيط هي ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت فعتقت بقي النكاح موقوفا الى اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال قيام الكتابة ولم يعتبر بعد العتق هكذا اورده الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازتها بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من انه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فاعتقه نفذ لانه لو توقف فاما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولي مجبر وانما التوقف على اذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته اذ لا نفاذ حالة الصبي لعدم اهلية الرأي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل ان الصغير والصغيرة ليسا من اهل العبارة بخلاف البالغ وسيأتي زيادة في ذلك واما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقدرة العقد ما صدقات شيء

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله

يكون منتفيا فضعيف لان المراد والله اعلم على شئ من المال ليساقه في مقابلته ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون والعفو بانه يملك الطلاق وهو شئ ليس بمال **قوله** ومن زوج امته ثم قتلها الخ السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفي تزويج امته هو المستحق لها فلو قتلها قبل الدخول سقط عند ابي حنيفة رح عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه وقالا لا يسقط والاتفاق على عدم سقوطه بقتلها اياها بعد الدخول وبقتل اجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله ولو ماتت حتف انفها لم يسقط بل يتقرر بالموت اذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله اياها بعد لزومه وكقتل الاجنبي اياها ولابي حنيفة رح انه منع المبدل قبل التسليم والتسلم فيجازى بمنع البدل اذا كان من اهل المجازات كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول او قبلت ابن الزوج والقتل وان كان موتا لكنه جعل في احكام الدنيا اتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد احلها وقد ثبتت احكامها كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطاء وانما سقطت الدية والقود للاستحالة ولهذا لو كانت الامة رهنا عند انسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها ولو لم يكن من اهل المجازاة بان كان صبيا زوج امته لوصيته مثلا قالوا يجب ان لا يسقط في قول ابي حنيفة رح بخلاف الحرة الصغيرة اذا ارتدت يسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من اهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تحظر والردة محظورة عليها الا ان فلا رواية في وجهها واختلف المشايخ قيل لا يسقط لان المانع هو المستحق لكونه من له الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المستحق اولا هو المرتكب او لاهما ثم ينتقل الى المولى بعد الفراغ من حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف اليه وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله **قوله** وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها فلها مهر مثلها بتحققه ورثتها خلافا لزفر رح ولم يحك خلاف زفر في المبسوط بل حكى الشافعي وهو قول له والتحقه بالسقوط وانما قيد بالحرة لان في قتل الامة نفسها روايتين عن ابي حنيفة رح في رواية لا يسقط كالحرة بل اولى لانه لا فعل لها وهو لم يباشر منع المبدل وهو قولهما وقول مالك وقول الشافعي رح في رواية يسقط وهو مذهب الشافعي رح لان فعل المملوك يضاف الى مالكه في موجبه ولذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها او فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى لها والاوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشايخ في ردتها بالسقوط وهو ان المرتكب اولا هاثم ينتقل الى المولى وفائدة الاولوية ما ذكرنا انه اذا كان عليه دين قضى ولم يسقط المولى الا ما فضل لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى امته على قول ابي حنيفة رح والجامع بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها ما بيناه من منع المبدل قبل التسليم ولنا ان جناية المرء على نفسه هدر في احكام الدنيا انما يواخذ به في الآخرة ولذا قال ابو حنيفة رح ومحمد في قاتل نفسه يغسل ويصلى عليه لم يعتبره باغيا على نفسه بخلاف ردتها فانها معتبرة في احكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت والفسخ نكاحها فسقط بها المهر بخلاف قتل المولى امته لانه اعتبر في احكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها الا الامة فمهرها ملك المولى فكان فعلها ابطالا لحق نفسه وهو يملكه كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه قيمته ولو قال له اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لانه في الاول بحق نفسه وفي الثاني مبطلا لحق الورثة واستشكل بالحرة بقتلها وارثها لا يسقط المهر اجيب بانه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حق نفسه في المهر **قوله** واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رح العزل جائز عند عامة العلماء وكرهه قوم من الصحابة لما في مسلم من حديث عائشة عن جذامة بنت وهب اخت عكاشة قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في اناس فسالوه عن العزل فقال ذلك الوأد

وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن الى المولى لان الوطي حقهما حتى ثبت لهما ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقهما فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة

المتقي وكذا ذكر شيبة عن عاصم عن زر عنه وصح عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال هي الموؤدة الصغرى وصح عن ابي امامة انه سئل عنه فقال ما كنت ارى مسلما يفعله وقال نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ضرب عمر على العزل بعض بنيه وعن عمرو عثمان رضي الله عنهما انهما كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز ففي الصحيحين عن جابر كنا نعزل والقرآن ينزل وفي مسلم كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا وفي السنن عن ابي سعيد الخدري ان رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لي جارية فانا اعزل عنها وانا اكره ان تحمل وانا اريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث ان العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه وفي صحيح مسلم عن جابر قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان عندي جارية وانا اعزل عنها فقال صلى الله عليه وسلم ان ذلك لا يمنع شيئا اراده الله تعالى فجاء الرجل فقال يا رسول الله ان الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت فقال صلى الله عليه وسلم انا عبد الله ورسوله فهذه الاحاديث ظاهرة في جواز العزل وقد روي عن عشرة من الصحابة علي وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابي ايوب وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وابي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم روي ايضا عن ابن عباس وحديث السنن يدفع حديث جذامة وهو وان كان في السنن فهو حديث صحيح وان وقع فيه اختلاف عن يحيى بن ابي كثير فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر وقيل فيه عن ابي مطيع بن رفاعة وقيل عن رفاعة وقيل عن ابي سلمة عن ابي هريرة فان الطرق كلها صحيحة وجاز ان يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق لكن يبقى معارضا وتعارضا يجب تقديم حديث جذامة لانه يخرج عن الاصل اعني الاباحة الاصلية الا ان كثرة الاحاديث تدل على اشتهار خلافه وقد اتفق عمر وعلي رضي الله عنهما على انها لا تكون موؤدة حتى تمر عليها التارات السبع اسند ابو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعة عن ابيه قال جلس الى عمر علي والزبير وسعد في نفر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذاكروا العزل فقالوا لا باس به فقال رجل منهم انهم يزعمون انها الموؤدة الصغرى فقال علي لا تكون موؤدة حتى تمر عليها التارات السبع حتى تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما ثم تكسى لحما ثم تكون خلقا آخر فقال عمر رضي الله عنه صدقت اطال الله بقاك وفيه خلاف ما عن علي وعمر رضي الله عنهما من المنع المتقدم ثم في بعض اجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها عدمه ثم على الجواز في امته لا يفتقر الى اذنها وفي زوجته الحرة يفتقر الى رضاها وفي منكوحته الامة يفتقر الى الاذن والخلاف في انه للسيد او لها وهي هذه المسئلة وفي الفتاوى ان خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها ثم في بعض نسخ الهداية وقال ابو يوسف ومحمد وهو الموافق لما ذكر صدر الشهيد والتمرتاشي وفي بعضها وعن ابي يوسف ومحمد وهي النسخة الصحيحة لانه لم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية بل ذكر الجواب في الجامع الصغير انه للمولى من غير حكاية خلاف وبقرينة قوله في وجه قول ابي حنيفة وجه ظاهر الرواية وجه المروي عنهما ان الوطي حقها حتى ان لها المطالبة به وفي العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر ان حقها في نفس الوطي يحصل بالجماع فان قضاء الشهوة به واما صب الماء فانما فائدته الولد والحق فيه للمولى لانه عبده ويستفاد فيشترط اذنه ثم اذا عزل باذن او بغير اذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه قالوا ان لم يعد اليها او عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وان لم يبل لا يحل كذا روي عن علي رضي الله عنه لان بقية المني في ذكره يسقط فيها ولذا قال ابو حنيفة رحمه الله فيما اذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه اعادة الغسل وفي فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد واكبر ظنه انه ليس منه كان في سعة من نفيه وان كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما ينزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل ولو كان الزوج عبدا قالوا الخصومة للمولى او لها على الخلاف وهل يباح الاسقاط بعد الحبل يباح ما لم يتخلق شيء منه ثم في

وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذا المكاتبة يعني

هو ضيع حالا او لا يكون ذلك الا بعد مائة وعشرين يوما وهذا يقتضي انهم ارادوا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة

قوله واذا تزوجت امة باذن مولاها او زوجها هو برضاها او بغير رضاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا اما اذا زوجت نفسها بغير اذنه ثم اعتقها فسياتي انه ينفذ النكاح بالاعتاق ولا خيار لها والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا فلا خيار لها وهو قول مالك ومنشأ الخلاف الاختلاف في ترجيح احدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة اكان حين اعتقت حرا او عبدا وفي ترجيح المعنى المعلل به اما الاول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواه القاسم ولم تختلف الروايات عن ابن عباس رضي الله عنه انه كان عبدا وثبت في الصحيحين انه كان حرا حين اعتقت وهكذا روى اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة رضي الله عنها ترجيح انه كان حرا وذلك ان رواة هذا الحديث عن عائشة رضي الله عنها ثلثة الاسود وعروة والقاسم فاما الاسود فلم يختلف فيه عن عائشة انه كان حرا واما عروة فعنه روايتان صحيحتان احديهما انه كان حرا والاخرى انه كان عبدا واما عبد الرحمن بن القاسم فعنه روايتان صحيحتان احديهما انه كان حرا والاخرى الشك وتوجه آخر من الترجيح مطلقا لا يختص بالمروي فيه عن عائشة وهو ان رواية خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا يحتمل كون الواو للعطف فيه لا للحال وحاصله انه اخبار بامرين وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها فهذا احتمال ان يراد بالعبد العتيق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع في العرف والذي لا مرد له من الترجيح ان رواية كان حرا انص من كان عبدا لما عرفت وتثبت زيادة فهي راجح ايضا فهي مثبتة وتلك نافية للعلم بانه كان حالته الاصلية الرق والنافي هو المبقي ما كان والمثبت هو المخرج عنها واما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي رحمه الله وغيره جعلوه عدم الكفاءة وهو ضعيف فان ثبوتها انما يعتبر في الابتداء لا في البقاء الا يرى انه لو اعتبر الزوج في البقاء والعياذ بالله لا يثبت لها الخيار واصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لانها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها وهذا من الاختلاف الى الخلاف فان الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكانه اعتماد على اثبات الاصل المختلف فيه اورد انه دفع ضرر باثبات ضرر وهو رفع اصل العقد واجيب بانها لا تمكن الا به مع انه رضي به حيث تزوج امة مع علمه بانها قد تعتق ثم انه استضعف بان عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملك الثالثة يستلزم طولها فقد نقول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بان لا يطلقها اصلا الى الموت فلا ضرر عليها بذلك وتارة بعلة منصوصة وهي ملكها بضعها روى ابو بكر الرازي بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لها حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وروى ابن سعد في الطبقات اخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن ابي هند عن عامر الشعبي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك معك فاختاري وهذا مرسل وهو حجة واخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك معك وليس لقول ذلك فائدة فيما يظهر الا التنبيه على ثبوت اختيار ما انفسها وقد جاء في بعض طرق حديثها انه صلى الله عليه وسلم قال لها ملكت نفسك فاختاري فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة واذن فالواجب ان تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاها ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها حرا او عبدا وفيما اذا كانت مكاتبة عتقت باداء الكتابة بعد ان جاز عليها برضاها او بغيره وخالف زفر رحمه الله في المكاتبة وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب واستدل بان العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو لم يلزم ان سيد الامة لو زوجها برضاها ويشاور شافعي ذلك ان لا خيار لها وليس بشيء والاوجه في استدلاله ان النص لم يتناولها وهو قوله ملكت بضعك فاختاري

اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف المكاتبة لانه لا يعتبر رضاها وكان المهر للمولى ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم عتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال

ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على

الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لا يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد

لا لمكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق واجيب بالمنع لان ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة لنفسها وانما كانت مالكة لاكسابها ولقائل ان يقول قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس معناه الا منافع بضعك اذ لا يمكن ملكها العين وملكها لاكسابها تبع لملكها منافع نفسها واعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق ثم يتناولها النص وترجح قول زفر في المبسوط لو كانت حرة في اصل العقد ثم صارت امة بان ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند ابي يوسف رحمه الله لانها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها وقال محمد رحمه الله لا خيار لها لان باصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك بعارض الرق فاذا اعتقت عاد الملك الى اصله كما كان فلا يثبت الخيار لها **قوله** وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح اي نفذ بمجرد العتق ولا فرق بين الامة والعبد في هذا الحكم وانما فرضها في الامة ليترتب عليها المسألة التي تليها تفريعا وعن زفر انه يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته بعد بطلان ولايته واذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة اذ لا واسطة وصار كما اذا اشترى ثم اعتقه يبطل ولا يتوقف لما علمت من عدم امكان القسمين ولنا ان الامة والعبد من اهل العبارة ولذا صح اقرارهما بالدين ويطالبان به بعد العتق واهلية العبارة من خواص الآدمية وهي باقية فيهما على اصل الحرية وامتناع النفوذ لحق المولى قد زال بالعتق وحاصله ان الامة تعقد من جهتها تجب ان ينفذ من جهة المولى لدفع حقه فاذا زال بقي النفاذ من غير جهته توقف اما البطلان فيما ذكر فليس كما قال بل المنسوخ تحول حكم العقد الواحد فانه العقد موجب الملك للمولى لو نفذ بعد عتقه كان موجبا للملك لها فاذا بطل التعليل النقض بصورتين الاولى لو تزوج بغير اذن مولاه ثم اذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز ما صنع والثانية اذا زوج فضولي شخصا ثم وكله توقف على اجازة الفضولي بعد الوكالة والثالثة اذا زوج ولي ابعد مع وجود الاقرب ثم غاب الاقرب او مات فتحولت الولاية الى الابعد توقف على اجازته مستأنفة منه وكذا لسيد المكاتبة الصغيرة اذا زوجها بلا اذنها توقف على اجازتها فان ادت ثم عتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقلة من السيد مع انه المزوج اجيب عن الاول والثاني بان الاذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة الى ما يستقبل من تصرفاتهما فلا يعملان فيما مضى قبله وكان مقتضى هذا ان لا يجوز بالاجازة ايضا الا انا استحسناه وعن الثالث بان الابعد لم يكن وليا حين زوج ومن ليس وليا في شيء لا ينظر في عواقبه ويحكم الرأي فيه بل يتوانى اتكالا على رأي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح ظاهرا فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا ليثبت ظهور كونه اصلح قال في الفوائد الظهيرية وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع يعني سيد المكاتبة الصغيرة وقد يفرق بان الولي الابعد انما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره وفيه اعتماده على رأي الاقرب اما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأي الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والشفقة الحاملة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه من النظر وعدمناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ **قوله** ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق وخيار العتق انما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لرفع زيادة الملك فلا يتحقق زيادة لذلك واورد ينبغي ان يثبت لها الخيار لان بالاستناد يظهر ان النفاذ قبل العتق والجواب ان الشيء يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار معه **قوله** فان كانت تزوجت على الف ومهر مثلها مائة فانه نص على زيادة المسمى على مهر المثل ليرتب على التفصيل انه ان دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لانه استوفى منافع مملوكة له او بعده فلها لانه استوفى منافع لها وكان يتبادر ان في الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية مع كان دخولا في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى

باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشي يعقبه والمسئلة معروفة .

منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها لان الزيادة انما تثبت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها والثابت بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا اعتقت ووطيت يجب المسمى اما لانه صح بصحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انعدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذلك العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية ولا يرد بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب سببه الا بالقول فيجب ان يكون المهر في الوجهين لها لانه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لانا نقول الاستناد يظهر في القائم لا في المنافع المنقضية فانها حين كانت على ملك المولى فكان بدلها له وقد يقال لو استند الى اصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى فلم يدخل بها حتى اعتقها هو بمعزل عن صورة المسئلة فانها النفاذ بالعتق وهي تملك منافعها بخلاف النفاذ بالاذن ثم الرق قائم هذا اذا كانت الامة كبيرة فان كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر لانها تتوقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا اجاز جاز فاذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ الا اذا كان المجيز ابا او جدا وقد مر في باب الاولياء انه يستغنى بخيار البلوغ عن خيار العتق لانه المتاخر **قوله** لنفاذ الاتحاد بالاستناد لم يجب مهر اخر اي مهر المثل بالدخول في نكاح موقوف وقد ذكرناه **قوله** ومن وطي جارية ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا فان كان الاب واحدا من هولاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ولو افاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة اشهر صح استحسانا لا قياسا ولو كان من اهل الذمة الا ان ملتيهما مختلفة جازت الدعوة من الاب ويشترط ايضا كون الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى الدعوة فلو حبلت في غير ملكه او فيه واخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك فلا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لاب كالاب ولا تصح دعوة الجد مع قيام الاب وشرط دعوة الجد لاب ان يكون حال عدم ولاية الاب لموت وجنون او رق او كفر وان تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما قلنا في الاب **قوله** ووجهه اي وجه هذا المجموع ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى بقاء نفسه لما ستذكره كذا الى صون نسله لان كنفسه اذ هو جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس اشد منها الى حفظ النسل فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة ويحل له الطعام عند الحاجة ولا يحل له وطي جارية ابنه عند الحاجة اليه عند الائمة الا ما نقل عن مالك بن انس وابن ابي ليلى ويجبر الابن على الاتفاق عليه بدفع الجارية اليه للتسري خلافا جازلة التملك والقصور انما ينافيه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصود الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا مهر عليه وهو مهر مثلها في الجمال اي ما يرغب فيه في مثلها جمالا لا النقد واما ما قيل ما يستاجر به مثلها للزنى لو جاز فليس بشيء بل العادة انما يعطى لذلك اقل مما يعطى مهرا لان الثاني للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادة عليه خلافا لزفر والشافعي فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبل الوطي شرطا لصحة الاستيلاد عنده وعنده قبيل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطي قلنا لازم كون الفعل زنا مباح الانثيين للمولى يتقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي والا فالزوم فظهر ان الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن او غيره تجب حصة الشريك الابن وغيره من العقر وقيمته باقيها اذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لان الاستقرار بحصته هو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك لم يكف لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك في باقيها حكما له لا شرطا ثم مقتضى هذا ان لا تجب

قال ولو كان الابن زوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه بالقرابة **قال** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين

قيمة الولد بلا تردد ولكن في قول يجب ولا يحد فاخذه اتفاقا لان شبهة الخلاف في ان الملك يثبت قبل الايلاج او بعده يسقط احصانه **قوله** ولو كان الابن زوجها اي زوج امته اباه فولدت منه لا تكون ام ولد للاب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر وهذا لانه صح النكاح خلافا للشافعي رحمه الله لان عنده لا يجوز ان يتزوج الاب جارية الابن ومبنى الخلاف فيه ان الثابت للاب في جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزوجها كما لا يجوز تزوجه الامة المكاتبة والامة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه واستدل عليه بانه اي الابن يملك من التصرفات فيها ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان او قال ما لا يجامعه ملك الاب لو كان اولى فلا يكون للاب فيها ملك من وجه فهذه التصرفات هي وطؤه اياها والانفراد به وتزويجها واعتاقها من غير ان يضمن للاب شيئا فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الاب من كل وجه واذا ثبتت هذه الاحكام اجماعا لزم كون المراد بما رواه الامام احمد انت ومالك لابيك اثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح الا يرى ان الواهب يملك التزوج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد واصل الحديث في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان ابي يحتاج الى مالي قال انت ومالك لوالدك ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم ولما روي فيه عن حديث عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم ولد الرجل من كسبه من اطيب كسبه فكلوا من اموالهم سلعة بجر والاكل فان قيل لا نسلم ان حل الوطء واعتاقه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك في ام الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم اجزائهما عن الكفارة قلنا بل هما مملوكتان من كل وجه وعدم الاجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصانا في رقهما لا في ملك السيد واعلم ان المجاز لا بد منه في تركيب لانه اضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لانه حقيقة الاضافة في مثله ثم اضافه مع الابن للاب باللام المفيدة للملك في مثله والعطف عطف مفرد ولا يمكن حقيقة الملك في الابن فلزم في المال ايضا فنفي حقيقة الملك الا ان كانت اللام في معنيين مختلفين في اطلاق واحد فبقي تعيين المعنى المجازي هل هو حق او حق التملك فقد يقال حق الملك اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب اليها اولى لكن الاحكام التي ذكرناها تمنع حق الملك لانه ملك من وجه وهي تمنعه واذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا يصير به ام ولد للاب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لا يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه وما عن زفر انها تكون ام ولد له لانها لما كانت ام ولد له بالفجور لا بالتجرة عليها فاولى بالحل بعد صدوره عنه فان امومية الولد فرع لملك الامة وملكها ينافي النكاح انما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح **قوله** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وكذا اذا كانت الامة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصل الخلاف ان العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون ولاؤه له ولو نوى به الكفارة تسقط عنه وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء والمقتضي هو تصحيح كلام العاقل صونا له عن اللغو اذ لا مانع منه بخلاف ما لو قال لعبده اعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق عن المخاطب تصحيحا لكلام السيد لان الحرية اصل للتكفير بالمال والاصل في الشيء لا يكون تبعا لفرعه ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك لا يقال ملك الآمر ملك غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجة موكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك له لانا نقول الملك ملزوم للانفساخ فاذا ثبت ثبت الا يرى ان من قال لامرأته ان اشتريتك فانت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسألة الوكيل لعدم ثبوت الملك له بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد المأذون يقع الملك لمولاه ابتداء وان وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل ما لم يثبت ومثله لا يوجب الفسخ اذ لم يخلص ثبوته له تخليصا

ولو قال أعتقه عني ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هذا والأول سواء لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي وفي تلك المسألة الفقير ينوب عن الآمر في القبض أما العبد فلا يقع في يده شيء ليتوب عنه

باب نكاح أهل الشرك

وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له أن الخطاب عام على ما مر من قبل فيلزمهم وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضا لا تقريرا فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات

ثبوت اللزوم فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالألف وأمره بإعتاقه عنه وقوله أعتقت تمليكا منه ضمنا للإعتاق الصريح الواقع جوابا واعلم أنه لو صرح بالبيع فقال بعتك وأعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمنا في هذه المسألة ولا يثبت صريحا كبيع الأجنة في الأرحام وهذا لأن الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشرط العتق الأهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المأمور فإذا صرح يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم إلا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه **قوله** ولو قال ما تقدم كان إذا ذكر المال مع الأمر فلو اقتصر على قوله أعتقه عني ففعل المأمور فعند أبي يوسف رحمه الله يقع عن الآمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع أنه لا قبض بنيابته وعندهما عن المأمور وحاصل وجههما أن فيه شرطا لا يمكن إثباته اقتضاء وهو القبض لأنه فعل حسي غير القول والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول ففعل اليد الذي هو الأخذ لا يتصور أن يتضمنه فعل اللسان فيكون موجودا بوجوده بخلاف القبول فإنه يتضمن ضمن قول آخر فيعتبر مقدرا معه وهذا ظاهر وقول أبي اليسر قول أبي يوسف أظهر لا يظهر بخلاف ما قاس عليه لأن الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه أما العبد فلا يقع في يده شيء بالعتق ليمكن اعتباره قابضة نيابة أو لأن العتق تتلف المالية

باب نكاح أهل الشرك لما فرغ من نكاح المسلمين مرتبة من الأحرار والأرقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين أو غيرهم وهو المراد بأهل الشرك إما تغليبا وإما ذهابا إلى أن أهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقدمناه في فصل المحرمات وإما إطلاقا للشرك عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله رب العزة والكبرياء وقدمنا أنه إنما أعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميما لباب المهر تبعا واعلم أن كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح إذا تحقق بين أهل الكفر لتضافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة بحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك ولا تصح أنكحتهم بناء على تناول الخطاب العام إياهم مع لزومية أنكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافرة ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم قال ولو قلت إنما شرطنا فإذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي أن يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة قال فينبغي أن يقال الإسلام من شروط الصحة فهو صحيح ولا انفساد لنا قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح وأسلم فيروز على أختين فقال صلى الله عليه وسلم اختر إحداهما وأسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم أمسك أربعا الحديث ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتواردون الإسلام إلى أن توفي صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء فلم ينقل قط أن أهل بيت جددوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لنقل نقل العادة فبطل فعلم أنه قول باطل **قوله** وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين أي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر إلا أنا لا نتعرض لهم قبل الإسلام أو المرافعة إلى الحكام فالواو بمعنى أو وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول وهو النكاح بلا شهود كما قال أبو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني وهو ما في عدة كافر كما قال زفر وجه قول زفر أن الخطابات عامة على ما مر في فصل الذي يذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها وإنما لا نتعرض لهم لذمتهم إعراضا لا تقريرا فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وتمامه وهو الفرق أن نكاح المعتدة مجمع على بطلانه عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر بيانه أيضا من أن مذهبهما

(و) لابي حنيفة رحمه الله ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فاذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما لما ذكرنا في المعتدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح لان الحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر بالكفر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما

ان اهل الذمة التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات وبهذا التقييد ليحيث افاد انهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقا **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الحرمة اي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة لا يمكن حقا اثباتها للشرع اي الشارع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت الكتابية تحت مسلم طلقها فانه تجب العدة حقا له لانه يعتقده فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها واذا صح النكاح حال صدوره فحال المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها بل في ابتداء العقد لصحته وكذا العدة لا تنافيها اي لا تنافي حالة بقاء العقد كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع وجودها وحرمتها عليه بهذا التقرير يفيد ان العدة لا تجب مما عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه اتماما لحكمها في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا اتت به بعد الطلاق لاقل من ستة اشهر وبه قالت طائفة من المشايخ وقيل تجب عنده لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الامة في حال قيام وجوبه على السيد وقيل الاليق الاول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون وفيه نظر لان تركهم تحرزا عن الغدر بعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا واياه كالكفر تركوا واياه وهو الباطل الاعظم ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز ان يقال لا تجب واذا علم من له الولد بطريق آخر وجب الحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح ومجيئها به لاقل من ستة اشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به وهم لم ينقلوا عن ابي حنيفة رحمه الله ثبوته ولا عدمه بل اختلفوا ان قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك ولا فلا ولنا ان نقول بعدمها وثبت النسب في الصورة المذكورة وفي المبسوط ان الخلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة او الاسلام والعدة قائمة اما اذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالاجماع ثم هنا نظر ان الاول مقتضى توجيه ابي حنيفة رحمه الله ان الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الاصول من ان الاتفاق على انهم مخاطبون بها في احكام الدنيا والمسئلة ليست بمحفوظة عن المتقدمين وانما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفريعاتهم كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم اسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك والعراقيون على انهم مخاطبون بالكل وانما قلنا انه خلاف لان النكاح من المعاملات وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على انهم مخاطبون باحكام النكاح غير ان حكم الخطاب انما يثبت في حق المكلف ببلوغه اليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق اهل الذمة دون اهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني ان حق ابي حنيفة في العدة هنا انما هو فيما اذا كانوا لا يعتقدون عدمها ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ان لا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام لانه حين قام كان باطلا فيلزم في المهاجرة لزوم العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة وتعليل المنفي هناك بقول الله لانها وجبت اظهارا لخطر النكاح السابق ولا خطر لملك الحربي بالآية قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح اذا سبا الزوجان معا وسنذكره تتمة

قوله فان تزوج مجوسي امه او ابنته او مطلقته ثلثا او جمع بين خمس او اختين في عقدة ثم اسلما او احدهما فرق بينهما اجماعا لان نكاح المحارم ونحوه له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا يعني من قوله في المسئلة التي قبلها ان اهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا وهذه الاحكام مجمع على بطلانها فيلزم حكمها وعلى ما حققناه من ان الكفار مخاطبون بالكل كقول العراقيين او بالمعاملات كقول البخاريين بسبب الاتفاق بين الثلاثة على انه له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الاحكام في دارنا فتحمل ايضا في حقهم اذ ليس في وسع المبلغ سوى اشاعتها دون ان علما لكل واحد غير انا تركناهم وما يدينون بامر الشرع فاذا اسلما او اسلم احدهما وجب التفريق واما على ما اختاره القاضي ابو زيد وتابعه جملة العلماء وغيره الصحيح من ان له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يسقط احصانه بالدخول فيه حتى لو اسلم فقذفه انسان يحد خلافا لمشايخ العراق القعدي ونحوه فانهم لا يوجبون النفقة

ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر منه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض ونحن اثبتنا الترجيح

والاستحسان بناء على ان الخطاب غير نازل في حقهم لانكارهم مع عدم ولاية الالزام فلان الحرمية تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل وانت علمت ان هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي ان يكون هو الوجه الظاهر وانما يصح ذلك في المجوسيين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولانه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة الحرمية كما ذكرناه واما اذا ترافعا فلان الاعتبار حينئذ يفرق لانهما رضيا بحكم الاسلام فالقاضي كالمحكم واما بمرافعة احدهما فلا كذلك يفرق كاسلام احدهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يفرق بين اسلام احدهما وفرق ان باسلام احدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاد المسلم اليه لان الاسلام يعلو ولا يعلى بخلاف مرافعة احدهما ورضاه فانه لا يتغير به اعتقاد الآخر فيبقى الامر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض والاوجه تخريج الخلاف على الخلاف في ان صحته عنده كان بالشك عندهما لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فاذا انقاد احدهما لحكم الاسلام كان كاسلامه وعنده كان صحيحا ورفع احدهما لا يرجح على الآخر في ابطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة هذا كله بعد الاسلام او المرافعة اما اذا لم يكن احدهما فلا تفريق الا في قول ابي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين انه يفرق اذا علم ذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس ومحارمهم اجيب بانه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من وقت الفتوحات الى يومنا لم يشتغل احد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الاجماع وفي الغاية معزيا الى المحيط لو طلبت المطلقة ثلاثا التفريق يفرق بينهما وكذا في الخلع يعني اختلعت من زوجها الذمي ثم امسكها فرفعته الى الحاكم فانه يفرق بينهما لان امساكها ظلم وما اعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم كذا في المطلقة الثلث لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان لم يعتقدوا خصوص عدد فان ولو تزوج اختين في عقدة ثم فارق احداهما ثم اسلم اقرا على ان الباقية نكاحها على الصحة حتى اقرا عليه انتهى وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق ان يفرق لوقوع العقد فاسدا اوجب التعرض بالاسلام **قوله** ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة اما المسلمة فظاهر لانها تكون تحت كافر واما الكافرة فلانه مقتول معنى وكذا المرتدة لا تتزوج اصلا لانها محبوسة للتأمل ومناط المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع الا لها فكان احق بالمنع من منع تزوج المرأة عبدها وبالعكس **قوله** فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه يتحقق من الطرفين في الاسلام العارض بان كانا كافرين فاسلمت او اسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق او بعده في مدة يثبت النسب في مثلها او كان بينهما ولد صغير قبل اسلام احدهما فانه باسلام احدهما صار ذلك الولد مسلما هذا اذا كانا في دار واحدة او تباينت داراهما بان كان الاب في دار الاسلام والولد في الحرب اما على العكس فانه لا يصير مسلما باسلام ابيه وسنذكره في السير في فصل من باب المستأمن ان شاء الله تعالى واما في الاسلام الاصلي فانما يتحقق بان يكون الام كتابية والاب مسلم فجاءت به مسلما فلا حاجة الى التخصيص الى هذه بقوله وكذلك اذا اسلم احدهما الخ فانه داخل في عموم الاول من افراده وهذه اجلية فقس عليها اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا ابتداء وانما حكمنا بان الولد كتابي بجامع الانفع للولد في الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالاحكام من حل الذبيحة والمناكحة وفي الاخرى بنقصان العقاب اذ كانت الكتابية اخف شرا من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الاحكام والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه اي فيما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما اذا كان الاب كتابيا والام مجوسية انه مجوسي في اصح قوليه وبه قال احمد تغليبا للتحريم وقول الآخر انه كتابي تبعا لابيه قال مالك لان الانتساب الى الاب فلو كانت الام كتابية والاب مجوسي فعن

وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الإسلام فإن أسلم فهي امرأته وإن أبى فرق بينهما

قوله أو واحد فلا تحل لمناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسيا مطلقا وقوله للتعارض أي لتعارض الإلحاقين أي الإلحاق بأحدهما يوجب حرمات وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو الإلحاق بالمجوسي وعلى هذا الترجيح بالقياس بحاسة وهذه الأحكام إنما تثبت تبعا والمقصود والأصل إثبات بالنية على وجه النظر له على ما بيناه أيضا قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على فطرة الإسلام حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه الحديث جعل اتفاقهما ناقلا له عن الفطرة فإذا لم يتفقا بقي على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة كذا قيل ولا يخفى ما فيه وأما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بأن ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له إذا تأملت واعلم أن التعارض هنا يجوز فإن ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين حكميهما وليس هنا إلا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير الآخر فلما اشترك مع التعارض في ترجيح أحدهما بالقوة سمي تعارضا وإلا فالتعارض تقابل الحجتين وليس هنا حجة فضلا عن ثنتين **قوله** وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر سواء كان كتابيا أو غيره إذ لا يصح تزوج الكافر المسلمة مطلقا مسلمة ولو وقع وجب وعوقبت أيضا إن كانت عالمة بحاله والساعي بينهما أيضا امرأة أو رجلا ولا يصير به ناقضا للعهد وإن كان ذميا فلا يقتل خلافا لمالك فإنه على ما جعل نفسه عليه للمشركين بجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الذمة أن لا يفعله قلنا كالتزام المسلم بالإسلام أن لا يفعل محظوره وبفعله لا يصير حربا ناقضا لإيمانه فيفعل الذمي ما التزم بعقد الذمة أن لا يفعله لا يصير ناقضا لأمانه وقتل الطليعة لأنه حارب معنى ولو أسلم بعد النكاح لا يقران عليه لأنه ليس إجازة لأنه وقع باطلا وقال في إسلام الرجل وإن أسلم الرجل وتحته مجوسية لأن كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بها بل غير الكتابية فلذا فرضها في المجوسية وحاصل المسئلة أنه إذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجوسيان والزوجة منهما مجوسية والزوج كتابي والزوجة من الكتابيين والزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصر الإسلام إذا كان بالغا أو صبيا يعقل الأديان لأن ردته معتبرة فكذا إباؤه والنكاح قائم فإن أبى فرق بينهما وإن كان الصبي مجنونا عرض على أبويه فينبغي أن يكون معنى هذا أن أي الأبوين أسلم يبقى النكاح لأنه يتبع المسلم منهما وإن لم يكن مجنونا لكنه لا يعقل الأديان ينتظر عقله لأن له غاية معلومة بخلاف المجنون هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف فاختلف المشايخ في إباء الصبي قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته عنده وقيل نعم وصححه بعضهم ويفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي فهي امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان تاما ويتقرر بالموت وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض على المصر لأنه تعرض منهي عنه بل إن كان الإسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكده وإن كان بعده تأجل إلى انقضاء ثلاثة أطهار وقول المصنف ثلاث حيض لا يأتي على مذهبه إذ العدة وإن لم يسلم تزوجت قلنا اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة وإضافة انقطاع النكاح إلى الإسلام لا نظير له في الشرع ولا أصل يلحق به قياسا بجامع صحيح والاسمي يفيده بل الثابت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة ولنا أنه لا بد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم قال صلى الله عليه وسلم فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم الكتابية أولا وأنه يرجع إلى إسلام المسلمين لأنه الذي به حصل الاختلاف وكفر المصر الأبي والإلم يمنع النكاح من الأصل فلم يبق إلا الإباء عن الإسلام لأنه يصلح قاطعا فأضفنا انقطاع النكاح إليه فكان هو المناسب وللطحاوي عن ابن شهاب الزهري أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرأته وبينه حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض المنهي المتنع الجبر بنفس الكلام عنه بتخيير الأمتعة ولأنه استعلام حكم شرعي بل يترك بالمرأة أو لأنهم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة أن عمر فرق بين نصراني ونصرانية بإبائه عن الإسلام وذكر أصحابنا أن عليا

وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رح وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته

وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف رح لا يكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب يبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق القاضي بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وسياتيك ان شاء الله تعالى

بن تغلب اسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب رض فقال له اسلم والا فرقت بينكما فابى ففرق بينهما وظهر حكمه فيهم ولم ينقل خلاف احد **قوله** وكان ذلك يعني تفريق القاضي عند اباء الزوج طلاقا بائنا والحاصل ان ابا يوسف لا يفرق بين التفريق في الصورتين فيجعله فسخا لا ينقص شيئا من عدد الطلاق وابو حنيفة ومحمد رح يجعلان الفرقة باباء الزوج طلاقا وباباء المرأة فسخا لابي يوسف ان الفرقة باباء الزوج فسخا لابي يوسف رح بسبب يشتركان فيه يعني الاباء فانه ممن اسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام او هو على معنى انه يمكن تحققه من كل منهما فاذا وجد منه لا يكون طلاقا فانه يوجد منها ولا يكون طلاقا والفرض وحدة السبب وصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والحرمية بالرضاع فانه يشتركان فيه لمعنى انه يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا ولهما ان فات الامساك بالمعروف فوجب التسريح باحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقا اذا كان نائبا عمن اليه الطلاق لانه انما ينوب عنه فيما اليه والتفريق هو الذي اليه الطلاق واما المرأة فالذي اليها عند قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ فاذا ناب القاضي منابها فيما اليه التفريق به فلا تكون الفرقة الا فسخا فالقاضي نائب منابهما في حياتهما بخلاف ما قاس عليه من الملك والحرمية فان الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي واما خيار البلوغ فان ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل الى المقاصد بسبب نقص شفقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون النكاح انعقد من الاصل فالموجب في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا بخلاف ردته ايضا على قول ابي حنيفة رح لان الفرقة فيها للتنافي اي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء ولذا لا يحتاج في ذلك كله الى حكم الحاكم وانما احتيج اليه في خيار البلوغ لانه لدفع ضرر خفي والضرر في هذا جلي ويحتاج اليه في الاباء غير مناف للنكاح **فرع** يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبي بعد التفريق عليهما ما دامتا في العدة اما في الاباء فلان الفرقة بالطلاق واما في الردة فلان الحرمة بالردة غير متابدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلث حرمة مغياة بوطء زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فانها متابدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة **قوله** واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض او الا فثلاثة اشهر فان اسلم الآخر قبل انقضاء العدة بهذه المدة فهما على نكاحهما وان لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة ثم قال المصنف واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية بان كان الذي اسلم هو الزوج فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قال وسياتيك يعني في مسئلة المهاجرة فالحاصل انه لا عدة بعد البينونة عند ابي حنيفة في الصورتين وعندهما اذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الائمة وكانه اخذه من قول محمد رح في السير فيما اذا اسلمت المرأة في دار الحرب بعد ان ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلث حيض اخرى بعد الثلث الاول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلث الحيض الاواخر ثم قال محمد رح ينبغي في قياس قول ابي حنيفة رح ان لا يكون عليها عدة واما الطحاوي فقد اطلق وجوب العدة عليها حيث قال من اسلمت امرأته في دار الحرب الى ان قال فاذا حاضت بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ثم علل الحكم المذكور فقال وهذا اي توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لانه لا بد من سبب يضاف اليها الفرقة والاسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لانه يرجع الى اسلام المسلم فلانه منقوض كما ذكرنا وكذا كفر المصر فليس الا الاباء وهو متعذر في دار الحرب فاضيف الى شرط البينونة وذلك لان حبل الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة والاضافة الى الشرط عند تعذره الى العلة نظير في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع وقوله العرض على الاسلام

وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى **قال** وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من
دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق وإن سبيا
معاً لم تقع البينونة وقال الشافعي رحمه الله تقع فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه له أن التباين
أثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي
ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا أن مع التباين حقيقة وحكماً لا ينتظم المصالح

فيه وعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب وتغييره في اللغة عرضت الناقة على الحوض خرق الثوب المسمار نصب المسمار **قوله** وإذا أسلم زوج الكتابية
فهما على نكاحهما ظاهر **قوله** إذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلماً وقعت البينونة حكم المسألة لا يتوقف على خروجه مسلماً بل ليس كما ذكر **قوله** فالحاصل
أن السبب فيما اختلف في أن تباين الدارين حقيقة وحكماً بين الزوجين بل يوجب الفرقة بينهما عندنا ثم قال الشافعي رحمه الله لا بل أن السبي يوجب الفرقة إلا
عندنا لا وقال أحمد بقوله وقول مالك والمصدر فيتفرع أربع صور وفاقيتان وهما لو خرج الزوجان إلينا معاً ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما
أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقاً ولو سبي أحدهما تقع الفرقة اتفاقاً عنده للسبي وعندنا للتباين وخلافيتان أحدهما إذا خرج أحدهما إلينا مسلماً
أو ذمياً أو مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً عندنا تقع فإن كان الرجل حل له التزوج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام
وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في المرأة تخرج مراغمة لزوجها أي تقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والأخرى
ما إذا سبي الزوجان معاً فعنده تقع الفرقة وللسابي أن يطأها بعد الاستبراء وعندنا لا تقع لعدم تباين دارهما وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب
فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام
المسلمين إذ لا تمكن من العود والزوج من أهل دار الإسلام فلا تباين يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهراً حتى ملكها تحقق التباين بينها وبين
زوجها حقيقة وحكماً أما حقيقة فظاهر وأما حكماً فلأنها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام حكماً وجه قوله أن تباين الدارين أثره في
انقطاع الولاية أي ولاية من في دار الحرب عليه إن كان خارجاً إلينا وولاية من في دارنا عليه إن كان في دار الحرب بحيث يتعذر الإلزام عليه
وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي والصفاء هنا الخلوص ولا يتحقق صفاؤه له
إلا بانقطاع النكاح ولهذا أي لثبوت الصفاء بالسبي يسقط الدين عن المسبي من دين كان لكافر عليه لعدم احترامه فكذا يسقط حق الزوج الحربي
وهذا لأن الصفاء موجب لملك ما يحتمل التمليك وملك النكاح كذلك فخلص له هذا عدم احترام الحق المتعلق بها فيسقط ملك الزوج عنها كسقوطه
عن جميع أملاكه فإنها تذهب فيه يد ومن المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران حين أتى به العباس وزوجته
هند بمكة وهي دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة
كل منهما وأخذت الأمان لزوجها فذهبت فجاءت به ولم يجدد نكاحها وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورضي عنها إذ هي أسلمت فهاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه ثم جاء وأسلم بعد سنين قيل ثلاث سنين وقيل ست
وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الأول فهذه كلها تعوض لما عللنا به واستدل الشافعي أيضاً على إثبات علته بأن قوله تعالى والمحصنات من النساء
إلا ما ملكت أيمانكم نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن وقد علم أن منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى ألا لا تنكح الحبالى
حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن فقد أشفق السبيات مع أزواجهن من الحرمات فظهر أن السبي يوجب الفرقة وقوله كالحربي المستأمن ظاهر وإذا أسلم
قياس وفرعه الخارج إلينا مسلماً من دار الحرب أو ذمياً والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سببها فهو من قبيل تعليل الحكم
العدمي بالمعنى العدمي وعلى هذا فما سوق لإثبات الفرع لكن الظاهر أن المراد نفي تأثير التباين نحو المستأمن لا يؤثر في الفرقة لتحققه
في المستأمن إلخ **قوله** ولنا أن مع التباين حقيقة وحكماً لا ينتظم المصالح التي شرع النكاح لها لأن الظاهر أن الخارج إلينا مسلماً أو ذمياً

فتنافيه الحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء
في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكماً لقصده الرجوع

والكائن هناك لا يخرج إلينا فكان التباين منافياً له فيكون اعتراضه قاطعاً كاعتراض المحرمية بالرضاع وتقبيل ابن الزوج مثلاً لما نافيه كان
اعتراضهما قاطعاً ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال والسبي يوجب ملك الرقبة يعني يمنع أن يكون موجباً غير ذلك وإذن فما اقتضاء
ملك الرقبة لزم السبي تبعاً لملكها وما لا فلا وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح إلا إذا ورد على خال من مملوكية ومالكية وكذا ابتداء النكاح
وبقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر أسباب الملك من الشراء والهبة والإرث وزوال أملاك المسبي لثبوت رقه والعبد لا ملك له في المال
بخلاف النكاح فإنه من خصائص الآدمية فيملكه إذا ابتداء وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه وإنما توقف في الابتداء على
إذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي المرء ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه لأنه إنما يبقى ما كان هو من وجب كان في
ذمته لا شاغلاً لماليته رقبته ولا يمكن أن يثبت بعد الرق بالسبي إلا شاغلاً لها فيصير الباقي غيره ولذا لو كان المسبي عبداً يؤذن كذلك لا يسقط عنه الدين
بالسبي بعض علية المأذون فإن قيل بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ولذا يثبت الدين بإقراره به ولا يباع فيه أجيب بمنع تعلقه
في العبد كذلك وإنما لا يطالب بإقراره لأن إقراره لا يسري في حق المولى حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعاً معاينة بيع فيه وأما ما استدل به من قصة أبي سفيان
فالحق أن أبا سفيان لم يكن حسن الإسلام يومئذ بل لا بعد الفتح وهو شاهد حنين بما تقيد السير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون لا تنتهي هزيمتهم
إلى البحر وما نقل أن الأزلام كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج إلى هوازن بحنين إنما حسن إسلامه بعد ذلك
رحمه الله الذي كان إسلامه حسناً حين أسلم هو أبو سفيان بن الحارث وأما عكرمة وحكيم فإنما هربا إلى الساحل وهو من حد مكة فلم تتباين دارهم وأما أبو العاص
فإنما ردها عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد روى ذلك الترمذي وابن ماجه والإمام أحمد والله أعلم إذ الأكثر أولى من أحد راويه وهو محمل
قوله على النكاح الأول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على إساءته وقيل قوله ردها على النكاح الأول لم يحدث شيئاً معناه على
مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحباء وهو تأويل حسن هذا وما ذكرناه يثبت رده على النكاح الأول ناف لأنه مبق على الأصل وأيضاً قطع بأن
الفرقة وقعت بين زينب وبين أبي العاص بمدة تزيد على عشر سنين فإنها أسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا النبي صلى الله عليه وسلم خديجة رضي الله عنها
وبناته ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مراراً وولدت وروي أنها كانت حاملاً فأسقطت حين خرجت مهاجرة إلى المدينة وروعها
هبار بن الأسود بالرمح واستمر أبو العاص بن الربيع على شركه إلى ما قبيل الفتح فخرج تاجراً إلى الشام فأخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هرباً ثم دخل
بليل على زينب فأجارته ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردوا ماله فاحتمل إلى مكة فأدى إلى كل ذي حق حقه وما كان أهل مكة أبضعوا معه وكان
رجلاً أميناً كريماً فلما لم يبق لأحد عليه علقة قال يا أهل مكة هل بقي لأحد منكم عندي مال لم يأخذه قالوا لا فجزاك الله خيراً فقد وجدناك وفياً كريماً
قال فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله والله ما منعني من الإسلام عنده إلا تخوف أن تظنوا أنما أردت أن آكل أموالكم فلما
أداها الله إليكم وفرغت منها أسلمت ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين أو ثمان
سنين أو ثلاث سنين فإنما ذلك من وقت فارقته بالأبدان وذلك بعد غزوة بدر وأما البينونة فقبل ذلك بكثير لأنها إنما وقعت من حين آمنت
وهي قريب من عشرين سنة إلى إسلامه وإن وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهي مدنية فأكثر من عشرة فإنه كان حابساً قبل
ذلك إلى أن أسر في سرية وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوباً على ذلك قبل ذلك فلما أرسل أهل مكة في فداء الأسارى أرسلت زينب في فدائه قلادة كانت لها

وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام ولأبي حنيفة رحمه الله أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية

أعطيتها إياها فقال إنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ردها عليها وأطلقه لها فأقل وصل خبرنا إليه أنه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند إطلاقه واتفق في مخرجها إليه ما اتفق من هبار بن الأسود وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه ينقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ووجب تأويل رواية الأول كما ذكرنا واعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تتصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين أن الله لم يبعث نبيا قط أشرك بالله طرفة عين والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلزم أنهن لم تكن واحدة منهن قط إلا مسلمة نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباع ملة إبراهيم حنيفا عليه السلام ومن حين تبع البعثة لا يثبت الكفر إلا بإنكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ومن أول ذكره صلى الله عليه وسلم لأولاده لم تتوقف واحدة منهن وأما سبايا أوطاس فقد روي أن الناس سبين وحدهن وفي رواية الترمذي تفيد ذلك عن أبي سعيد قال أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم لكن بقي أن يقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها أو مع زوجها وأما المشتراة المتزوجة فخارجة بالإجماع فوجب أن يبقى ما سواها داخلا تحت العموم على الإباحة والجواب أن المسبية مع زوجها تخص أيضا بدليلنا وهو ما ذكرنا وتبقى المسبية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن فالجواب منع وجوب التباين لأن المدعى عليه هو التباين حقيقة وحكما وهو بصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبره وأمهات أولاده وتقسم ميراثه والكائن في دارنا ممنوعا من الرجوع وهذا منتف في المستأمن فإذا كانا على ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالما عن المعارض فيجب اعتباره ودليل السمع أيضا وهو قوله تعالى إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات إلى قوله فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومرجع اقتضائها إلى وجه فلا ترجعوهن

قوله وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة أي تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية وهذه المسألة حكم آخر على بعض ما تضمنته موضوع المسألة التي قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة وهذه إذا كانت الخارج منهما المرأة ووقعت الفرقة اتفاقا فهل عليها عدة فيها خلاف عند أبي حنيفة لا فتتزوج للحال إلا أن تكون حاملا فلا تتزوج لا لأن عليها العدة بل ليرتفع المانع بالوضع وعندهما عليها العدة ثم اختلفا لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال أبو يوسف لا يقع عليها وقال محمد يقع والأصل أن الفرقة إذا وقعت بالتباين لا تصير المرأة محلا للطلاق عند أبي يوسف وعند محمد تصير وهو أوجه إلا أن يكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على ما قدمناه وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف وعند محمد يحتاج إليه ثم قولهما إنها معتدة وقعت الفرقة عليها بعد الإصابة والدخول إلى دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالإجماع لأن الفرقة في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا هذا على ما اخترناه من أن مذهبنا أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات غير أن شرطها البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه بخلاف أهل دارنا منهم ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة إنما وجبت إظهارا لخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربي بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي ولا تمسكوا بعصم الكوافر بعد قوله ولا جناح عليكم أن تنكحوهن فقد نفى الجناح عن نكاح المهاجرة مع الأمر بعدم التمسك بعصم الكوافر جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقد نكاح الموجود في حال كفرهن وبهذا يبطل قولهما وجبت حقا للشرع

وإن كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الأول أنه ثابت النسب فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا **قال** وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالإباء والجامع ما بيناه وأبو يوسف رحمه الله مر على ما أصلنا له في الإباء وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما ووجهه أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقا بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لأن الفرقة من قبلها

كيلا تختلط المياه واستغناؤه عن إبطاله بأن الشرع أبطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لأنها أثره حيث حكم بمنافاته لما له الأثر فإن لقائل أن يمنع الملازمة ويقول لا نسلم أن منافاة الشيء تنافي أثره إلا إذا كان جهة المنافاة ثابتة في الأثر أيضا وهو منتف لأنه في النكاح عدم انتظام المصالح بل تجامع مدة بقائها إلى أن تنقضي فيجب أن تثبت لموجبها بلا مانع لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للأزواج المهاجرين فلهم أن يتزوجوا أربعا وأخت الكائنة هناك لعدم اعتبار عصم الكوافر في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فإنها تمسك بعقدها حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها فجاز أن تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا أوطاس فإنه دل على أن من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطؤها قبل تربص فإذا وجب عليها تربص وهي حرة كان عدة إجماعا لعدم القائل بالفصل ثم فإبطال الوجوب لحق الزوج لا يفيد إذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فإنه لأن لا يحل فرج المدخول بها عن الامتناع إلى مدة غير أنه اعتبر بمدة الاستبراء أقصر كما هو دأب الشرع في إظهار التفاوت بين الحرة والأمة في مثله **قوله** وإن كانت يعني المهاجرة حاملا لم تتزوج حتى تضع وقدمنا أنه عند أبي حنيفة رحمه الله لا بطريق العدة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله يجوز تزوجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنى ووجه الظاهر أن حملها ثابت النسب فيظهر في حق المنع احتياطا وإنما قال احتياطا لأن مجرد كونه ثابت النسب لا يقتضي ظاهرا إلا أن لا يحل لأنه به يصير ساقيا ماءه زرع غيره فتعديته المنع إلى نفس التزوج بلا وطء للاحتياط فقط لأنه يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطئا ولهذا لم يجز عنده تزوج الأخت في عدة الأخت والخامسة في عدة الرابعة **قوله** وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة في الحال بغير طلاق قبل الدخول أو بعده وبه قال مالك وأحمد رحمه الله في رواية وقال الشافعي وأحمد رحمه الله في أخرى قبل الدخول هو كذلك وأما بعده فيتوقف إلى انقضاء العدة فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها استمر النكاح وإلا تبين الفراق من وقت الردة قلنا هذه الفرقة للتنافي فإن الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الإسلام فإنه غير مناف للعصمة هذا جواب ظاهر المذهب وبعض مشايخ بلخ وسمرقند أفتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص بأكبر الكبائر وعامة مشايخ بخارى أفتوا بالفرقة وجبرها على الإسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول لأن الحسم بذلك يحصل ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا وتعزر خمسة وسبعين ولا تسترق المرتدة ما دامت في دار الإسلام في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله تسترق هذا الكلام في الفرقة وأما كونها طلاقا فاتفق الإمامان بناء على أنها من جهة الزوج والمرأة فسخ وقال محمد رحمه الله هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على أصله في الإباء كذا أبو يوسف وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين الردة والإباء وجه قول محمد رحمه الله اعتباره بالإباء والجامع ما بيناه وهو أن بالإباء امتنع عن الإمساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه وقيل ما بيناه مما حاصله أن سبب الفرقة فعل من الزوج إباء أو ردة وأبو يوسف مر على ما أصلناه في الإباء وهو أنه سبب يشترك فيه وأبو حنيفة رحمه الله فرق بأن الردة منافية للنكاح لأنها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه إلا كره ومنها ملك النكاح كذا قرر والحق أن منافاتها العصمة الأكد تبع لمنافاتها عصمة النفس فبتلك المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا يقع البينونة بمجرده بل بأمر زائد عليه أو عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس إلا الفسخ بخلاف الفرقة بالإباء فإنها ليست للمنافاة ولذا بقي النكاح ما لم يفرق القاضي لأنها فرقة بسبب فوت ثمرات النكاح فوجب فيه لارتفاع ثمرته الآتي من قبل الزوج فالقاضي يأمره بالإمساك بمعروف

قال وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رحمه الله يبطل لأن ردة أحدهما منافية وفي ردتهما ردة أحدهما ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها

باب القسم

بالإسلام أو التسريح بإحسان فإذا امتنع ناب عنه وفي الشرح من تقرير هذا الفرق أمور التمس المطلوب منها هكذا قوله في الهداية والطلاق واقع لأن الرفع يجامع المنافي بالضرورة نعم هو أعم يثبت مع المنافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونفقة العدة أيضا ونصفه إن لم يدخل بها وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ولا نفقة العدة لأن الفرقة من جهتها وإن لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة **قوله** وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا هذا إذا لم يلحق أحد منهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فإن لحق فسد للتباين والقياس وهو قول زفر والأئمة الثلاثة تقع الفرقة لأن في ردتهما ردة أحدهما وهي منافية للنكاح وقلنا وهو وجه الاستحسان إن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد الأنكحة ولما لم تأمرهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردتهم وقعت معا إذ لو حملت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد علمنا من هذا أن الردة إذا كانت معا لا توجب الفرقة واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة لا جميعهم فلأن الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع زوجته معا فحكم الصحابة رضي الله عنهم بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهر لا محمل عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى وهذا لأن الظاهر أن قيم البيت إذا أراد أمرا تكون قرينته فيه قرينته هذا والمذكور في الحكم بارتداد بني حنيفة في المبسوط منعهم الزكاة وهذا يتوقف على نقل أن من منعهم كان بجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقتال أبي بكر رضي الله عنه إياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه والله أعلم وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره والأوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فإنه من غير تعيين بني حنيفة ومانعي الزكاة فقط ثم لم يؤمروا بتجديد الأنكحة إلى آخر ما ذكرنا **قوله** ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معا فسد النكاح لأن ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كإنشائها الآن حال إسلام الآخر حتى إن كان الذي عاد إلى الإسلام هو الزوج فلا شيء عليها إن كان قبل الدخول وإن كانت هي التي أسلمت فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر وإن دخل بها فلها المهر في الوجهين لأن المهر يتقرر بالدخول دينا في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة **فروع** الأول نصرانية تحت مسلم تمجست وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله وجه قوله أن الزوج قد رضي والمجوسية لا تحل للمسلم فأحدثت ما تحرم به كالردة وقد ارتدا معا فلا تقع الفرقة ولأبي يوسف رحمه الله أن الزوج لا يقر على ذلك بل تجبر على الإسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده وهذا لأن المعروف أن الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر إلى كفر لا يجعل كإنشائه فصار كما لو تهودت فإن الفرقة لا تقع فيه بالاتفاق ومحمد رحمه الله يفرق بأن إنشاء المجوسية لا تحل للمسلم فأحدثت كالارتداد بخلاف اليهودية ألا ترى أنها لو تمجست عنده تقع الفرقة ولو تهودت لا تقع فافترقا الثاني يجوز نكاح أهل ملل الكفر بعضهم بعضا فيتزوج اليهودي مجوسية ونصرانية لأن الكل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم كأهل المذاهب ثم الولد على دين الكتابي منهم الثالث إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربعة أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات فعند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله إن كان تزوجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن أو في عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الأربع باطل

باب القسم لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الأحرار والأرقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع في حكمه الذي لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك لأنه إنما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه والقسم بفتح القاف مصدر قسم والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل أيضا بينهن وحقيقته مطلقا ممتنعة كما أخبر سبحانه قال

وإذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احدهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال الى احدهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار

حيث قال ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وقال تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم بعد احلال الاربع بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فاستفدنا ان حل الاربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن اكثر من واحدة عند خوفه فعلم ايجابه عند تعددهن وما قوله صلى الله عليه وسلم استوصوا بالنساء خيرا فلا يخص حالة تعددهن ولانهن رعية الرجل وكل راع مسئول عن رعيته وانه في امر منهم يحتاج الى البيان لانه اوجبه وصرح بانه مطلقا الاستطاع فعلم ان الواجب منه شئ معين وكذا السنة جاءت مجملة فيه روى اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رض قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ثم يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تلمني فيما تملك ولا املك يعني القلب اى زيادة المحبة وظاهره ان ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة اجماعا وكذا ما روى اصحاب السنن الاربعة والامام احمد والحاكم عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيمة وشقه مائل اى مفلوج ولفظ ابي داؤد والنسائي فمال الى احداهما على الاخرى فلم يتبين فيما ذكرناه ما في الكتاب من زيادة قوله في القسم والله اعلم بها لكن لا نعلم خلافا في ان العدل الواجب في البيتوتة والتأنيس في اليوم والليلة وليس المراد ان يضبط زمان النهار فبقدر ما عاشر فيه احداهما فيعاشر الاخرى بقدره بل ذلك في البيتوتة واما النهار ففي الجملة **قوله** ولو كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما التقييد بحرتين لاخراج ما اذا كانت احداهما امة والاخرى حرة لا لاخراج الامتين ثم ظاهر العبارة ليس بجيد فانه يعطي انهما اذا لم يكونا حرتين ليس عليه ان يعدل بينهما وليس بصحيح لكن بمعنى العدل هنا التسوية لا مطلق الجور فاذا كانتا حرتين او امتين فعليه ان يسوي بينهما وان كانت حرة وامة فلا يعدل بينهما اى لا يسوي بل يعدل بمعنى لا يجور وهو ان يقسم للحرة ضعف الامة فالابهام نشأ من اشتراك اللفظ **قوله** والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا وهو معنى قوله لا فصل فيما ذكرنا فكان الاولى ان يقال لما ذكرنا يعني من قوله لا فصل الخ يعني ان ما روينا يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة وكذلك ما تلونا من الاية فيحتج به على الشافعي رح في انه يقيم عند البكر الجديدة اول ما يدخل بها سبعا يخصها بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلثا الا ان طلبت زيادة على ذلك فح يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روى عن انس رض قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلث ثم يعود الى اهله اخرجه الدارقطني عنه وروى البزار من طريق ابي ايوب السختياني عن ابي قلابة عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا وللثيب ثلثا وعنه قال من السنة اذا تزوج البكر على الثيب اقام عندها سبعا ثم قسم واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلثا ثم قسم رواه الشيخان في الصحيحين وفي صحيح مسلم عن ام سلمة لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها اقام عندها ثلثا ثم قال انه ليس بك هوان على اهلك ان شئت سبعت لك وان سبعت لك سبعت لنسائي فهذا دليل استثناء الشافعي رح ما ذكرنا من انه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة وان طلبت زيادة على الثلث ولانها لم تألف صحبته وقد حصل لها في اول الامر نفرة فكان في الزيادة انس لها وتلنا ما روينا عن غير فصل وما تلونا وما ذكرنا من المعنى وهو قوله ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك فلا تفاوت بينهن في القسم واما المعنى الذي علل به فمعارض بان تخصيص القديمة اولى لان الوحشة فيها متحققة وفي الجديدة متوهمة ولازالة النفرة يمكن ان يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولا يحصر في تخصيصها واعلم ان المروى ان لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الاية والحديث المطلق لوجوب التسوية وان كان قطعيا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة وقد عارض ما روينا وتلونا لان مقتضاهما العدل واذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فانا نراه لم ينحصر في التسوية بل يتحقق مع عدمها عارض

في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رح القرعة مستحقة لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة

وهو حق احد المرأتين حتى كان العدل ان يكون لاحدهما يوما وللاخرى يومين فليكن ايضا تخصيص الجديدة لازالة الوحشة باقامة سبع ان كانت بكرا او ثلث ان كانت ثيبا هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية والرتقاء والمجنونة التي لا يخاف منها والمريضة والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطؤها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلتهن وكذلك يستوي وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصبي الذي دخل بامرأته ومقابلهم قال مالك ويدور ولي الصبي به على نسائه لان القسم حق العباد وهو من اهله وصح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استأذن نساءه ان يمرض في بيت عائشة رض فاذن له **قوله** في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها ان شاء يوما يوما وان شاء يومين يومين وثلثا ثلثا او اربعا اربعا واعلم ان هذا الاطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته فانه لو اراد ان يدور سنة سنة ما يظن اطلاق ذلك بل لا ينبغي ان يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو اربعة اشهر واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة واظن اكثر من جمعة مضارة الا ان يرضيا به والله اعلم **قوله** والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط ولا خلاف فيه قال بعض اهل العلم ان تركه لعدم الداعية والانتشار عذر وان تركه مع الداعي اليه لكن داعيته الى الضرة اقوى فهو مما يدخل تحت قدرته فان ادى الواجب عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية واعلم ان ترك جماعها مطلقا لا يحل له صرح اصحابنا بان جماعها احيانا واجب ديانة لكن لا يدخل تحت القضاء والالزام الا الوطأة الاولى ولم يقدروا فيه مدة ويجب ان لا يبلغ به مدة الايلاء الا برضاها وطيب نفسها به هذا والمستحب ان يسوي بينهن في جميع الاستمتاعات من الوطي والقبلة وكذا بين الجواري وامهات الاولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنى والميل الى الفاحشة ولا يجب شيء لانه تعالى قال فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فافاد ان العدل بينهن ليس واجبا هذا اذا لم يكن له الا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة او السراري اختار الطحاوي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ان لها يوما وليلة من كل اربع ليال وباقيها له لان له ان يسقط حقها في الثلث بتزوج ثلث حرائر فان كانت الزوجة امة فلها يوم وليلة في كل سبع وظاهر المذهب ان لا يتعين مقدار لان القسم معنى نسبي وايجابه طلب ايجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر ان يبيت معها ويصحبها احيانا من غير توقيت والذي يقتضيه الحديث ان التسوية في المكث ايضا بعد البيتوتة ففي السنن عن عائشة رض كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض في القسم في مكثه عندنا وكان قل يوم الا يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ الى التي هو في يومها فيبيت عندها وعلم من هذا ان له في النوبة ان يذهب الى الاخرى لينظر في حاجتها ويمهد امورها وفي صحيح مسلم انهن كن يجتمعن في بيت التي يأتيها ولا يخفى ان هذا جائز برضى صاحبة النوبة اذ قد تتضيق لذلك وتتضرر به ولو ترك القسم بان اقام عند احداهن شهرا لا يأمره القاضي بان يستأنف العدل لا بالقضاء فان جار بعد ذلك اوجعه عقوبة كذا قالوا والذي يقتضيه النظر ان يؤمر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمي وله قدرة على ايفائه **قوله** وان كانت احدهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر قضى به ابو بكر وعلي رضي الله عنهما بالقضاء عن علي اخرجه الامام ... وتضعيف ابن حزم اياه بالمنهال بن عمرو وبابن ابي ليلى ليس بشيء لانهما ثقتان حافظان اذا كانت الزوجة مدبرة رجل او مكاتبته او ام ولده فهي كالامة لقيام الرق فيهن **قوله** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روى الجماعة من حديث عائشة رض كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فايتهن خرج سهمها خرج بها ومتفق عليه بحديث الافك قلنا ذلك كان استحبابا لتطييب قلوبهن وهذا [illegible]

وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

وذلك انه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ممن ارجى سودة وجويرية وام حبيبة وصفية وميمونة ذكره الحافظ عبد العظيم المنذري وممن آوى عائشة رضي الله عنها والباقيات رضي الله عنهن ثم قد يشق عليه صحبتها في السفر بالاخرى في الحضر للقرار في البيت لحفظ الامتعة او لخوف الفتنة او تمنع من سفر احديهما كثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها في السفر للسفر لخروج قرعتها الزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافي للحرج واما قول الصدر الايري انه لان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة اذ لا يلزم من ان له ان لا يسافر باحد ان يكون له ان يخص واحدة بالسفر بها لان في ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وهذا لان اللازم التسوية وهو انه اذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الاخرى كذلك لا على معنى وجوب ان يبيت عند كل واحدة منهما دائما فانه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي وانفرد لم يمنع من ذلك **قوله** وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز هذا اذا لم يكن برشوة من الزوج بان زادها في مهرها لتفعل او تزوجها بشرط ان يتزوج اخرى فيقيم عندها يومين وعند القديمة يوما فان الشرط باطل لا يحل لها المال في الصورة الاولى فلها ان ترجع فيه واما اذا دفعت اليه وحطت عنه مالا ليزيدها فظاهر انه لا يلزم ولا يحل له ولها ان ترجع في مالها **قوله** لان سودة بنت زمعة بفتحتين سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها الخ هذا يقتضي انه طلقها قال محمد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة اعتدي فسألته بوجه الله ان يراجعها وتجعل يومها لعائشة لان تحشر يوم القيمة مع ازواجه والذي في الصحيحين لا يتعرض له بل انها جعلت يومها لعائشة رضي الله عنها والذي في المستدرك يفيده صريحا وهو عن عائشة رضي الله عنها بالتقيد قالت سودة حين اسنت وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله يومي لعائشة رضي الله عنها فقبل ذلك منها قالت عائشة رضي الله عنها ففيها وفي اشباهها انزل الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح وقال صحيح الاسناد ويوافق ما في الكتاب ما رواه البيهقي عن عروة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة فلما خرج الى الصلوة امسكت بثوبه فقالت والله ما لي الى الرجال من حاجة ولكني اريد ان احشر في ازواجك قال فراجعها وجعل يومها لعائشة رضي الله عنها انتهى وهو مرسل ويمكن الجمع بان كان صلى الله عليه وسلم طلقها رجعية فان الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة فمعنى قول عائشة رضي الله عنها وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم خافت ان يستمر الحال الى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فانه انما ذكر في الكنايات اعتدي والواقع بهذا الرجعي لا البائن وفرع بعض الفقهاء انها اذا وهبت يومها لم يكن له ان يجعله لمن شاء من نسائه واذا جعلته لضرتها المعينة لا يجوز له ان يجعله لغيرها لان الليلة حقها فاذا صرفته بها متعينتين وفرعوا انه لو كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها الليلتين متواليتين وان كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها الليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والاظهر عندي ان ليس له ذلك الا برضاء التي تليها في النوبة لانها قد تتضرر بذلك **قوله** ولها ان ترجع قال بعض علماء الحنابلة ليس لها المطالبة به فانه خرج مخرج المعاوضة يعني من الطلاق وقد سماه الله تعالى صلحا يعني قوله فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق ولو مكنت من طلب عوضها بعد ذلك كان فيه تغرير الضرر الى كمل حالته ولم يكن صلحا بل من اقرب اسباب المعاداة والشريعة منزهة من ذلك انتهى وهو انما يفيد عدم المطالبة بما مضى وبه نقول فيستلزم عدم حصول المقصود من شرعيته ذلك الاصطلاح عند العوارض اما فيما بعده فلا لانه لم يجب فكيف يسقط فان قيل يلزم ثبوت الضرر المذكور قلنا لم يحرم عليه طريق الخلاص فقد كان يريد طلاقها لولا مصالحته عليه فاذا اختلفت دفعت به المكروه عنها فله ان يفعل ما كان يريد فعله فيحصل الخلاص بلغت والله سبحانه اعلم فروع نختم بها كتاب النكاح لا يجوز ان يجمع بين الضرائر الا بالرضاء ويكره وطي احديهما بحضرة الاخرى ولها ان لا تجيبه

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات

اذا طلبت وان كان يستأنس باكل ما يتأذى من رائحته ومن الغزل على ما قاله ان يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كان يتأذى برائحة الحناء المخضر ونحوه وله منعها من كل الزينة اذا كان يريدها وترك الاجابة وهي طاهرة والصلوة وشرطها الا ان تكون في حيضة فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا ويضربها على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج ان يستفتي لها او هو غير عالم او ما لم تقع الى الاستفتاء الا ان يمنعها من الخروج الى مجلس العلم والا ان يكون ابوها زمنا وليس له من يقوم عليه مسلما كان او كافرا فان عليها ان تعصي الزوج في المنع ولو كان ابوها علمته تخرج الى الوليمة والمصيبة او لغيرها لا يمنعها ابنها ما لم يتحقق خروجها للفساد فيرفع الامر الى القاضي فان اذن لها لم يمنعها القاضي مقامه والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا في ابتداء نشأته الا بالرضاع وكان له احكام تتعلق به وهو من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره الى آخر احكامه قيل كان ينبغي ان يذكر في المحرمات لكنه افرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق انه ذكر في المحرمات ما يتعلق بالحرمة به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها لغتان والرضع ايضا بسكون الضاد وانكر الاصمعي الكسر مع الهاء والفعل في نحو من حد علم يعلم قال ابن فارس اهل نجد يقولون رضع من حد ضرب وعليه قول السلولي يذم علماء زمانه وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد وانما عمله بعض اصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد ابو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه ايراد كلام محمد رحمه الله في جميع كتبه محذوفة التعاليل وما ينبئ على انه من اوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما اورده من ذلك في كتاب النكاح وهو في اللغة مص اللبن من الثدي ومنه قولهم لئيم راضع اي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة ان يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفي الشرع مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص اي مدة الرضاع المختلف في تقديرها **قوله** قليل الرضاع وكثيره سواء اذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم وبه قال مالك ولو شك فيه بان ادخلت الحلمة في فم الصغير وشكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك وهو كما لو علم ان صبية ارضعتها امرأة من قرية ولا يدري من هي فتزوجها رجل من اهل تلك القرية يجوز لانه لم يتحقق المانع من خصوص صبية امرأة والواجب على النساء ان لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا ارضعن فليحفظن ذلك وليشهرنه ويكتبنه احتياطا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات في خمسة اوقات متفاصلة عرفا وعن احمد روايتان كقولنا وكقوله له قوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان وآخره عن ام الفضل بنت الحارث قالت دخل اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني كانت لي امرأة فتزوجت عليها اخرى فزعمت امرأتي الاولى انها ارضعت امرأتي الحدثى رضعة او رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان واخرجه ابن حبان في صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول الشارح في قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة الواحدة والملج الارضاع يقال املجته ارضعته وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن ان يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة في المصتين فحاصله لا تحرم المصتان والاملاجتان فنفى التحريم عن اربع فلزم ان يثبت بخمس وهذا ليس بشيء اما اولا فلان مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات في اوقات واما ثانيا فلان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى انه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها على ما هو التحقيق لا ياتي حديثا واحدا

لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

لان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفي تحريم الاملاج نفي تحريم لازمه فليس لها حاصل الا تحريم الاملاجتان الا تحريم لازمهما اعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان حاصله لا تحرم المصتان الا المصتان فلزم ان لا يصح ان يراد الا المصتان لا غير فان قلت فقد ذكره ايضا حديثا واحدا في صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن ابيه قلت يجب كون الراوي وهو الزبير اراد بين الفاظه صلى الله عليه وسلم التي سمعها منه في وقتين كأنه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال ايضا لا تحرم الاملاجة والاملاجتان ثم قيل بطريق آخر وهو انه ناف لمذهبنا فيثبت به مذهبه بعدم القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالتفصيل ابو ثور وابن المنذر وابو عبيد وهؤلاء ائمة الحديث قالوا المحرم ثلاث رضعات اللهم الا ان لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة الى وجه قوله وذلك الذي اثبت به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات يحرمن فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن قالوا هذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرؤه وهو لا يدل على ارادة نسخ الكل والا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ وجده كما عن الروافض والا لوجب ان تتلى خمس رضعات الى آخره الا من وكل لعدم التلاوة الآن فينبغي يتوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وحده فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تثبته الصحابة ثم هذا ابطل التمسك به وان كان اسناده صحيحا لانقطاعه باطنا وثبت نفي تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجملة ما روي عنها انه كان في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت داجن فأكلتها لا ينفي ذلك النسخ لكونه لو لم ينسخ بعد لما ترك حتى دخلت الداجن والا فالقرآن لا يجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون ما تقبل لكن نسخ الكل ويكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا انما لا جواب عنه فليس بشيء لان ادعاء بقاء حكمه يحتاج الى دليله والا فالاصل ان نسخ الدال يرفع حكمه واما ما نظر به من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا علم بالسنة والاجماع لم يثبت الى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن بهذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه مستأنف وما ذكرناه اولا قد سمعت ما فيه فحينئذ تمسكهم في التمسك في المخرج من الى جواب احوج فكيف لا يعتبر بشيء احسن الا و حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم وغيره قالت جاءت سهلة بنت سهيل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني ارى في وجه ابي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم ارضعيه تحرمي عليه الا ان مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل في مسند الشافعي ومخالفتها على ما فيه والجواب انه صح نسخه ابن عباس قد ظني بعث حين قيل له ان الناس يقولون ان الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود يؤول الامر الى ان قليله وكثيره يحرم وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فهذا اما ان يكون نسخا للرواية لنسخها وعدم صحة تقييدا لاطلاق الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وهذا ما قال المصنف وما رواه مرفوع به ثم الذي يحرم في حديث سهلة انه صلى الله عليه وسلم لم يرد ان يشبع سالما خمس رضعات في خمس اوقات متفاصلات جائعا من اللبن يحل و لا يحلون فان تجد الآدمية في ثديها قدر ما يشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان عدد خمس فيه المصات تحرير لها بشبع فيحل المراد

ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوء العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع لما نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا واقل مدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب

ان يجعل شيئا مقداره مقدار خمس رضعات فيشير به والا فهو مشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر ايضا كما سياتي بيانه والله اعلم **قوله** لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم تقدم في استدلال ابي عمرو واما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحديث في الصحيحين مشهور **قوله** ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية جواب سؤال هو ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشوء الكائن منه وذلك لا يتحقق بادنى شيء اجاب بان ذلك مسلم لانه خفي والاحكام لا تتعلق بها لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشوء فلا يتعلق التحريم به قلنا والا يتوقف النشوء على خمس رضعات بل واحدة تقيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تاخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق ان الرضاع وان قل يحصل به نشوء بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم منهم علي وابن مسعود رضي الله عنهما اسند الرواية عنهما النسائي وابن عباس رضي الله عنه وجمهور التابعين هذا والاولى ان يقال للبعضية لان الحرمة بشبهة البعضية واقامة السبب مقام السبب انما هي حرمة المصاهرة اما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي الحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها اي ما يؤول الى الجزئية وينبغي ان يكون الارضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما نبين في المسئلة التي تليها

قوله ثم مدة الرضاع التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله ومالك واحمد رحمه الله وقال زفر رحمه الله ثلثة احوال وعن مالك سنتان وشهر وفي رواية وشهران وفي اخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا اصل له للاطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمسة عشر سنة وقال آخرون الى اربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين **قوله** لان الحول حسن الخ هذا وجه قول زفر رحمه الله وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بسنة هذا هو المراد بقوله لما نبين اي في دليل ابي حنيفة رحمه الله ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنه يرفعه بهذا لا يحتمل الا كان من حولين كما في الامام الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ انتهى وكذا وثقه احمد والعجلي وابن حبان وغير واحد وروى موقوفا على ابن عباس رضي الله عنه بلا ريب اخرجه ابن ابي شيبة موقوفا على ابن مسعود ومع الدارقطني على رفعه اظهر الادلة لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابي حنيفة رحمه الله هذه الآية ووجهه انه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحدة منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بان قال اجلت الدين الذي لي على فلان والدين الذي لي على فلان سنة يفهم منه ان السنة بكمالها لكل او على شخص فيقول لفلان علي الف درهم وعشرة اقفزة الى سنة فصدقه المقر له في الاجل فاذا مضت السنة تم اجلهما جميعا الا انه قام المنقص في احدهما يعني في مدة الحمل وهو قول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل وفي رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لا يقال الا سماعا لان المقدرات لا يهتدي العقل اليها وتخريجه في موضعه ان شاء الله تعالى وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير ان هذا يستلزم كون لفظه ثلثين مستعملا في اطلاق واحد في مدلول ثلثين وفي اربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شيئين لا ينفي كونه كذلك فهو الحقيقة والا لم يمتنع لانه ما من جمع الا بالنسبة الى شيئين فالاشكال آخر وهو ان اسماء العدد لا يتجوز بشيء منها في آخر نص عليه كثير من المحققين

قال وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولأن الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة إذ الكبير لا يتربى به

لأنها بمنزلة الأعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة ضعف ثمانية عشر بلا تنوين وممن ذكره صاحب النهاية في فصل المشيئة من كتاب الطلاق لأنه تقتضي أن نحو عشرة إلا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فأخرج ثم أسند إلى ثمانية وهو قول طائفة من الأصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما إذا كان استثناء من عدد منهم شمس الأئمة وفخر الإسلام والقاضي أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الأصول ويمكن أن يستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية بناء على أن المراد بالوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فإن الفائدة في جعلها نفقتها من حيث هي ظئر أوجه منها في اعتباره إيجاب نفقة الزوجية لأن ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولأن نفقتها لا تختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر يكون ح أجرة لها لأن النفقة باعتبار الظئرية لغير زوجة لا يكون إلا أجرة لها واللام من لمن أراد متعلق بيرضعن أي يرضعن للآباء الذين أرادوا إتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن في الحولين وإذا كانت الواو من وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان أظهر في تقييد الأجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة بالحولين وغاية ما يلزم أنه كان مقتضى الظاهر أن يقال وعليه أو عليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا إليه فإن النسبة إلى الآباء والحاصل ح يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالأجرة وهذا لا يقتضي أن نهاية

٦٠٥ الرضاعة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الأجرة بالإرضاع ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى فإن أرادا فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين

٦٠٦ فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين فأين الدليل على نهايتها الستة أشهر بعدها بحيث لو رضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر في وجهه من أنه لا يفيد سوى أنه إذا أريد الفطام يحتاج إليها ليعود إليها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة فإنما إنه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الأدلة ولا شك أن الشرع لم يحرم إطعام غير اللبن قبل الحولين لزم زيادة مدة التعود عليها لجواز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عنده من اللبن بمرة فليس الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع فكان الأصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا أولى بالبطلان وهو ظاهر ويحمل قوله تعالى فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد قبل الحولين فإنه موضع التردد في أنه يضر بالولد أو لا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث إنه فطام بل إن كان فمن جهة أخرى فتخصه العمومات المانعة من إدخال الضرر على غير المستحق له **قوله** وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم فطم أو لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم أبدا للإطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها وكانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا ولحديث سهلة المتقدم والجواب أن هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين تفيد اتفاقهم عليه فمنها ما قدمناه في مستدل لهما من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع إلا ما كان في حولين وقدمنا الكلام مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لأنه قد ثبت حقيقته بعده وفي الترمذي من حديث أم سلمة أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث صحيح وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم يروى بالراء المهملة أي أحياه من قوله تعالى ثم إذا شاء أنشره وبالزاي رفعه وبالزيادة الحجم يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة أنه دخل علي رسول الله

ولا يكتفى بالفطام قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الإرضاع
بعد المدة قد قيل لا يباح لأن إباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي **قال** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه إلا أم
أخته من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز أن يتزوج أم أخته من النسب لأنها تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع
ويجوز تزوج أخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع

صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال يا عائشة من هذا قلت أخي من الرضاعة فقال يا عائشة انظرن من إخوانكن فإن الرضاعة من المجاعة يعني أو نحو ذلك لكن
بخشية أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر فإن قلت عرف من أصلكم أن عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يجري بكون
بمنزلة روايته للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله إنما الرضاعة من المجاعة روته عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون الرضاع الكبير محرما
قلنا المعنى أنه إذا لم يعرف من الحال سوى أنه خالف مرويه حكمنا بأنه اطلع على ناسخه في نفس الأمر حملا له على أن الظاهر أنه لا يخالف إلا عن علم بالناسخ لا منعا إلا قطعا
أما لو تحقق في خصوص محل أن عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل ظنه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لا شك أنه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه
لأن ذلك ما كان إلا لإحسان الظن بنظره خاصا وقد تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك فوجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه في الموطأ والسنن
أبي داود عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الأشعري فقال إني مصصت من امرأتي من ثديها لبنا فذهب في بطني فقال أبو موسى لا أراها إلا قد حرمت
عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تفتي به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله لا رضاعة إلا ما كان في الحولين فقال أبو موسى لا تسألوني عن شيء
ما دام هذا الحبر بين أظهركم وهذه رواية الموطأ فرجوعه إليه بعد ظهور النصوص المطلقة وبعد إفتائه بالحرمة لا يكون إلا لتذكره الناسخ أو لتذكره عنه
وغير عائشة رضي الله عنها من نساء النبي صلى الله عليه وسلم أبين ذلك ويقولون لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا رخصة لسهلة خاصة ولعل سببه ما تضمنه
مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس عورتها بشفتيه فكيف بإذن ذلك خصوصية وقيل لشبهه في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنهما جاء رجل إلى
عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة فكنت أصيبها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت دونك قد والله أرضعتها فقال عمر رضي الله عنه أرجعها
وائت جاريتك فإنما الرضاعة رضاعة الصغر **قوله** ولا يعتبر الفطام قبل المدة حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم إلا في رواية عن أبي حنيفة
أنه إذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة إذا أرضع فيها رواه الحسن عنه والفتوى على ظاهر الرواية أنها تثبت
ما لم تمض المدة إقامة للمظنة مقام المئنة فإن ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء وهل يباح الإرضاع بعد المدة قيل لا لأنه جزء الآدمي فلا يباح الانتفاع به إلا
للضرورة وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي وأهل الطب يثبتون للبن البنت أي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين
واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد ولا يخفى أن حقيقة العلم متعذر فالمراد إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع **قوله**
ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه وهو بهذا اللفظ **قوله** إلا أم أخته من الرضاع يصح اتصال من الرضاع بكل من الأم والأخت
وبهما من جهة المعنى فالأول أن يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحل له والثاني أن يكون له أخت من الرضاعة لها أم
من النسب تحل له أمها الرضاعية إذا لم تكن هي المرضعة والثالث أن يرضع الصبي والصبية امرأة ولأخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع تحل للصبي تلك الأم
لها من جهة الرضاعة فالمتعلق بالأم حال لا صفة لأن أم معرفة فيجب أن يجعل المجرور حالا منه لا صفة لها بحذف وليس صفة لأنه معرفة أعني أم أخته بخلاف
أخت لأنه مضاف إليه فليس فيه شيء من مسوغات مجيء الحال منه ومثل هذا يجيء في أخت ابنه ولو قال أخت ولده كان أشمل فالأول أن يكون له ابن من النسب له أخت
من الرضاعة بأن ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لأبيه لأنها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته والثاني له ابن من الرضاع بأن أرضعت
زوجة رجل حلت للرجل أخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن أرضعتهما امرأتين
حلت أخته من الرضاعة ومعلل استثناء الأول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد قليله المحرمة في أم أخته

ولامرأة ابيه او امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني

من النسب بكونها امه او موطوءة ابيه وكذا في تعليله اخراج اخت ابنه من الرضاع بقوله لم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليله حرمة اخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ امها حرمت عليه وانما تقتصر على هذا بناء على ثبوت ابنته لوضوح الشق الآخر فافاد بالتعليلين ان المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب فيه فاذا انتفى في شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد نبه لذلك لانتفائه في صور اخرى الاولى ام النافلة من الرضاع بان ارضعت نافلتك اجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهو كونها بنتا او حليلة الابن الثانية جدة ولدك من الرضاع بان ارضعت ولدك اجنبية لها ام يجوز تزوجك بالام لانها ليست امك ولا ام حليلتك ام العم من الرضاع وام الخال من الرضاعة وكذا عمته وكذا ولدك لا تناسب من النسب اختك وليست اختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها ان تتزوج بابن اختها من الرضاع ويباح في ولدنا ويباح حفيدنا منه ويحد ولدنا منه ورضاعا ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل فقد جمعت في قوله يفارق النسب الرضاع في صور كام نافلة وجدة الولد وام عم واخت ابن وام اخ وام خال عمة ابن عمته واستشكل الحاق ام العم وام الخال بهما اذ لا يكون كل منهما من الرضاع او عمة حقه من الرضاع كذا لها محرم في النسب الا ان يراد بالام من الرضاع من رضع مع ابيه وبالخال من رضع مع امه ولام اخرى من النسب الرضاع فيستقيم ولقائل ان يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع اباه ولا امه فلا تكون جدة من الرضاع ولا موطوءة جده بل اجنبية ارضعت عمه من النسب او خاله ثم قال طائفة هذا الاخراج تخصيص للحديث اعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه احال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا في الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شيء منها مسمى تلك فكيف يكون تخصيصه وهي غير متناولة وكذا اذا اخلا تناول الاسم في آخر جاز الكلام كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما ان يتزوج بنت الآخر وان كانت اختا لولده من النسب وانت اذا تحققت مناط الاخراج امكنك تسمية صور اخرى والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب ان يكون منقطعا اعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا ام اخته الخ وعلى هذا في الاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتها ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفا كما في آية المحرمات وما بعدهن فيها المحرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان ما كانت اما من الرضاعة او بنتا او اختا او بنت اخ او بنت اخت تحرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن الى آخره قول بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الاصلاب في الآية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفي ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع احتياطا لذلك فكان الاخراج بها ايضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل هو قد عمل به في كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث مذكور يفيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين اختين من الرضاع فان قلت فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فان الجواب ان الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن انشاء انبات اللحم لا مطلق الجزئية الكائنة وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة اذ لا انبات اللحم من المني المنصب في الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقنة اشبه منه بالشرب حيث يخرج كلها شيئا فشيئا لا يبقى منها شيء ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المني ولهذا لا يبقى منه في المرأة شيء استحال الى جوهرها **قوله** ولامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب اي كما لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاب في آية المحرمات يخرجها اجيب بانها نزلت لاسقاط ظنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجة المتبنى

على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للرضيعة وفي احد قولي الشافعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها

ان يقال فيما ان ثبت تحريمها بالكتاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد علمت ما في الجوابين ومن فروعها فرع لطيف هو رجل زوج ام ولده من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت للرضيع الذي كان زوجها فارضعته حرمت على زوجها لان الصغير صار ابنا له فلو بقي النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة **قوله** على ما بيناه اي في فصل المحرمات **قوله** ولبن الفحل هو من اضافة الشيء الى سببه يتعلق به التحريم يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج او سيد يتعلق به التحريم بين من ارضعته وبين ذلك الرجل بان يكون ابا للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه ابوها ولا لاخوته لانهم اعمامها ولا لآبائه لانهم اجدادها ولا لاعمامه لانهم اعمام الاب ولا لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابناء اولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها اولى فلا يتزوج ابوها لانه جدها ولا اخاها لانه خالها ولا عمها لانها بنت بنت اخيه ولا خالها لانها بنت بنت اخته ولا ابناءها ان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم اخوتها لامها ولو كان لرجل زوجتان ارضعت كل منهما بنتا لا تحل للرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فارضعت صبية فانها ربيبة للثاني بنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثاني وبنائه ولو كان المرضع صبيا حل له تزوج بناته هذا ما لم تلد من الثاني فاذا ولدت من الثاني فان ارضعت رضيعا فهو ولد للثاني وان حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الاول فنزل اللبن من الثاني فارضعت الرضيع به وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ويثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد رحمه الله هو ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين وقال ابو يوسف رحمه الله ان علم ان اللبن من الثاني بامارة كزيادة فهو ولد الثاني والا فهو ولد الاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثاني غالبا فهو للثاني وان استويا فلهما وبقول ابي حنيفة قال الشافعي رحمه الله في الجديد وقد حكي الخلاف هكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند ابي حنيفة رحمه الله وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا انسب بقول محمد فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فارضعت به ثم يبس لبنها ثم در لها فارضعت به صبية فان لولد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس لبن الفحل ليكون هو ابا لها كما لو لم تلد من الزوج اصلا ونزل لها لبن فانه لا يثبت بارضاعها تحريم بين ولد زوجها ومن ارضعته لان هذا اللبن ليس منسوبا اليه بسبب الولادة ومنها انتفت النسبة فكان كلبن البكر ولبن الزنى كالحلال فاذا ارضعت به بنتا حرمت على الزاني وآبائه وابنائه وابناء ابنائه وان سفلوا وفي التجنيس عن علامة اجناس الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا لابيه ولا لاجداده ولا لاحد من اولاده واولادهم ولعم الزاني ان يتزوج بها كما يجوز له ان يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على الزاني واولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا في حق المتولد من الزنى فكذا في حق المرضعة بلبن الزنى قال في الخلاصة وكذا الولد لم يحمل من الزنى فارضعت لابن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب وذكر الولوالجي ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة ما لم يثبت النسب فتثبت من الاب كذا ذكر الاسبيجابي وصاحب الينابيع وهو اوجه لان الحرمة من الزنى للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون اللبن اذ ليس اللبن كائنا من منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد والتغذي لا يقع الا بما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن كالحقنة فلا اثبات للحرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اثبت الحرمة وبه يستدل على بطلان قول ضعيف انه لا يثبت الحرمة من الزوج ونقل عن بعض الصحابة رضي الله عنهم انه لا حرمة بين الرجل وبين من ارضعته زوجته وانه لو نزل للرجل لبن فارضعت منه صغيرة حلت له

وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج
المرضعة احد من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من
الرضاع واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه
حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم
وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به
التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع له في
المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل

فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه قلنا النظر المذكور وما روي عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين ان افلح اخا ابي القعيس استاذن علي بعدما انزل الحجاب
فقلت والله لا آذن له حتى استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان اخا ابي القعيس ليس هو ارضعني ولكن ارضعتني امرأة ابي القعيس فدخل علي رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان الرجل ليس هو ارضعني ولكن ارضعتني امرأته فقال ائذني له فانه عمك تربت يداك وفي رواية تربت يمينك الى غير ذلك
من الاحاديث الثابتة بالحكم المذكور بحيث تتضاد معها ذلك المعقول على انه قد قيل انه لا يتغذى الولد به واما لبن الرجل فسيذكره المصنف واذا ترجح عدم
حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على زان ليس اللبن منه اولى بخلاف ما في الخلاصة ولكن يخالف المسطور في الكتب المشهورة
او يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق اولى وتقدم البحث في ذلك لانه صلى الله عليه وسلم حرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة الموطوءة من الزنا
قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة اليه احتياطا كالمصاهرة وانت علمت الفرق بل حقيقة الحال ان حقيقة البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع
فلا تثبت حرمة ثانية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد قوله وكل صبيين يريد صبيا وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو احد اسباب التغليب كالخفة
في العمرين فان عمر اخف من ابي بكر ولو ثني بحسب ابي بكر رضي الله عنه فعند البصريين يكتفى بتثنية المضاف فيقال ابوا بكر والكوفيون يثنون الجزءين فيقولون ابوا الابكرين
والشهرة كالاقرعين للاقرع بن حابس واخيه قوله ولا يتزوج المرضعة بفتح الضاد ويجوز كونها فاعلا فينصب احد ومفعوله غير مذكور وباقي
الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي ارضعت رضع مع المرضعة او كان سابقا عليه بسنين كثيرة او مسبوقا بارتضاعها بان ولد بعده بسنين
وكذا لا يتزوج اخت المرضعة لانها خالته قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا
للشافعي رحمه الله فان الاصح انه اذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا اذا اختلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع او جامد واعتبر بالكاسر
في جميع ذلك ان يكون اللبن مستهلكا قوله وهو اي الشافعي رحمه الله يقول انه اي اللبن على ما هو نقل المصنف عنه وعلى ما هو الاصح فرع القدر المحرم فيه
موجود حقيقة فيستلزم حكمه من التحريم قوله ونحن نقول حاصله القياس على اليمين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لان
الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لا عدم تعلق التحريم لاختلاف
حكم الاصل والفرع لانه في الاصل حرمة الشرب بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع اصل الشرب والسقي غير انه تترتب عليه حرمة النكاح وللمرجح
للشافعي رحمه الله ان يقول بينهما فارق وهو بناء الايمان على العرف وفي العرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبنا الا ان يقال
مغلوبا فيقيده واما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مخلص الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا
بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن المنبت هذا اذا اختلط بالماء اما لو اختلط بالطعام ففي المسئلة
التي ذكرها عقيب هذه وقولهما فيه كقولهما في الاختلاط بالماء وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار اما ان طبخ فلا تحريم
مطلقا بالاتفاق لهما ان العبرة للغالب فصار كالماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع فيما هو المقصود وهو التغذي
وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون الا لقصد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن ونشوءه منه فقد اجتمع في جوفه
ما ينبت واحدهما اكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب في القصعة لا عند رفع اللقمة
فالكثير الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن ان غلب اثبتنا الحرمة ثم قال المصنف ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح

وإن اختلط بالدواء وهو اللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول وإذا اختلط
اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء وإذا اختلط لبن
امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد
وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن أبي حنيفة رحمه الله في
هذا روايتان وأصل المسألة في الأيمان وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء
فتثبت به شبهة البعضية وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الاصل
في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة
ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه
الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيميما اما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

احترازا من قول من قال من المشايخ ان عدم اثباتها عند ابي حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو اذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة اما معه فتحرم اتفاقا لان تلك القطرة
اذا دخلت الجوف اثبتت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذي ح بالطعام والتغذي مناط التحريم **قوله** فان اختلط اي اللبن بالدواء حاصله
انه كالماء الا اذا كان اللبن غالبا مع الدواء لانه يقصد الدواء لتنفيذه وعلى هذا اذا اختلط بالدهن او النبيذ يتعلق به التحريم سواء اوجر به
او استعط **قوله** واذا اختلط اللبن بلبن شاة فان كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصبي اياه او لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لان لبن
الشاة لما لم يكن له اثر في اثبات الحرمة التحريم كان كالماء فيعتبر الغالب ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا **قوله** واذا اختلط
لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله وقال محمد رحمه الله تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر رحمه الله وعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان
كقول ابي يوسف وهو رواية كقول محمد وتوجيه قول ابي يوسف جعل الاقل تابعا للاكثر وتوجيه قول محمد ان الجنس لا يغلب جنسه فلا استهلاك فيه فلم يكن شيء منها
تبعا للآخر فيثبت التحريم من كل مستقلا قال واصل المسألة في الايمان اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى فشربه ولبن البقرة
المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بيناه وقال الشارح عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث ولا يخفى انه انما يكون اصلا للخلاف
اذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف الى قول محمد حيث اخر دليله فان الظاهر ان من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر واصله ان السكوت ظاهر
في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد قال وهو اظهر واحوط **قوله** واذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء وعليه الاربعة الا في رواية عن
الشافعي ورواية عن احمد لانه نادر فاشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع على الدليل اذا وجد وسنذكر لبن الرجل بتمامه **قوله** واذا حلب لبن امرأة بعد موتها
فاوجر به صبي تعلق به التحريم وبه قال مالك واحمد وخلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى به الحرمة الى غيرها بواسطتها
وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا اي لعدم المحلية لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب الجزئية وحاصله الفرق بين الاجماعية وهي ما اذا كانت
حية والخلافية وهي ما اذا كانت ميتة وهو موتها ان حياتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكم لقوله صلى الله عليه وسلم
لا رضاع الا ما انبت اللحم وانشز العظم وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لان مانعيته ان اضيفت الى انتفاء محليتها
مطلقا للحكم منعنا الثبوت بعضا كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة وتيممها لانها محرم لام زوجته وايضا بالنسبة الى غيرها حتى
لا يجوز الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لانهما اختان وبالنسبة الى حرمة نكاحها فقد منعنا تأثيره في افادة المانعية بل مفيد لانتفاء الحكم مطلقا
فان بين المانعية بان الحكم هو حرمة النكاح يثبت اولا فيها ثم يتعدى قلنا ان اردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل الحكم متعلق
بمحليتها مع ان الحرمة انما تثبت في الكل معا شرعا والتقدم في الام ذاتي لا زماني فاذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ولو حل يستدل بنجاسة
اللبن بالموت كراهته اذ فيه تكثير الاعوان على المقاصد والسكن قيل بالموت تنجس فان اراد فيها منعناه بل لبن الميتة طاهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقد سلفنا توجيهه
بان التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر
والتيقن من الشرع فيه انه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا بتنجسه بالمجاورة فوقوع النجس هو غير مانع من الحرمة
كما لو حلب في اناء نجس فاوجر به الصبي تثبت الحرمة وان اراد تنجس منعناه لما ذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق وسطا بفتح الواو والسعوط صب
من الانف ويقال اوجرته ووجرته **قوله** اما الحرمة في الوطء جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو ان سبب الحرمة في الرضاع

وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد أنه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر أن المفسد في الصوم إصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فأما المحرم في الرضاع معنى النشوء ولا يوجد ذلك في الاحتقان لأن المغذي وصوله من الأعلى وإذا نزل للرجل لبن فأرضع صبيا لم يتعلق به التحريم لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها

الإثبات والنشوء بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لأنها واقعة في ارتضاع لبن الميتة **قوله** وإذا احتقن قال في المغرب الصواب حقن أي أوصل بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز قال في النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد أن منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدي واعترض صاحب تاج المصادر على ما يفيد أنه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لأن ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعديه الافتعال منه للمفعول منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال وإذا احتقن الصبي أي الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم أن كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة إلى المجرور والظرف كما قيل في الدار مر بزيد وليس من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة إلى المفعول بل إذا كان متعديا إليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا في كثير من الأصول وهو قول الأئمة الأربعة وكذا لا يثبت بالإقطار في الإحليل والأذن والجائفة والآمة كذا أطلقه بعضهم ونص آخرون على أنه إذا وصل إلى الجوف تثبت الحرمة وبعضهم ذكر أنه روي عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة وجه الظاهر أن المنا ط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من الأسافل بل إلى المعدة وذلك من الأعلى فقط والإقطار في الإحليل غاية ما يصل إلى المثانة فلا يتغذى به الصبي وكذا في الأذن الضيق الثقب فيه نظر لتصريحهم بالفطر بإقطار الدهن في الأذن لسرايته فيصل إلى باطنه لا لأنه ضيق والأوجه كونه ليس مما يتغذى به وبثبت وإن حصل به نفع من ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم ما يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا **قوله** وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبية لم يتعلق به تحريم لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة وقد ذكر في بعض الحكايات أنه اتفق لرجل رضاع صغير فإن صح فهو من خوارق العادات لا ينبني الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم أنه لو نزل للبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم وحكمها أنه ليس كما لو نزل للبكر بأصغر لا يثبت من إرضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فإذا تحقق لبنها ثبتت الحرمة بخلاف الرجل إلا أن الحكم لازم والتنازل بأنه ليس لبن

قوله وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها اعلم أن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة الجزئية فإن الوطء ابتذال وامتهان وارتقاق ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته ولا يحسن بعد من سيقيد جزء نفسه وجهاته ليفيد... ... صيانا بالنسبة إلى المرضعة تكرمة لها وجعلت في الشرع الأم السبب أن جنة صار كجزئيه كما أن الأمية من النسب كذلك إذ جزءه جزؤها وجزء الآخر جزء الأب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فإنما خلقها لابتذال الآدمي لها على إنجاز الابتذال لما أذون فيه من ما لكها سبحانه قال تعالى والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وقال في آية أخرى فمنها ركوبهم ومنها يأكلون وهو سبحانه مالك الأشياء والحكيم على الإطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفصيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بل وبها وحصول الجزء منه مرتبة لها على الآدمي توجب تشكل ما توجب لمساويه في نوع من الإكرام والاحترام فلم يعتبر الشاة أم الصبي والأكبش أباه والأخت فرع الأمية وكذا سائر المحرم بعدها إنما تثبت تبعية الأمية حتى الأبوة فإنه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الأب من النسب لأن جزءه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه نحيف واللبن إنما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل ما يصل من أسفل التغذي لبقاء الحيوة والجزء لا يكون إلا ما يصل من الأعلى إلى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجة لبطء ارتضاع

وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد وإن لم تتعمد فلا شيء عليها وإن علمت بأن الصغيرة امرأته وعن محمد أنه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الإتلاف لكنها مسببة فيه إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للنكاح وضعا وإنما يثبت ذلك باتفاق الحال أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرط إبطال النكاح وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر وإنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لأنها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا

لبن هو سبب فيه الحبث لسورية الرجل الابوة وحين لا ام ولا اب ولا اخوة ولا تحريم ونقل ان الامام محمد بن اسماعيل البخاري صاحب الصحيح افتى في بخارا بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه اعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الاحكام وحكمها كثر خطاؤه وكان ذلك في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وهو لدة الشافعي فانهما ولدا في العام الذي توفي فيه ابو حنيفة وهو عام خمسين ومائة قوله وإذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه صار جامعا بين الام والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لانها ام امرأته والعقد على البنت يحرم الام واما الصغيرة فان كان اللبن الذي ارتضعته الكبيرة نزل لها من ولد هو لد ته للرجل كان حرمتها ايضا مؤبدة كالكبيرة لانه صار ابا لها وان كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت بهذا الرجل وهي ذات لبن من الاول جاز له ان يتزوجها ثانيا لانتفاء ابوته لها الا ان كان دخل بالكبيرة فيتابد ايضا لان الدخول بالام يحرم البنت واما حكم المهر فلا يجب للكبيرة ان لم يكن دخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الارضاع وهو يسقط نصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط باضافة الفرقة اليها يعرف منه ان الكبيرة لو كانت مكرهة او نائمة فارتضعتها الصغيرة او اخذ شخص لبنها فاوجر به الصغيرة او كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء اضافة الفرقة اليها وان كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها ان لم تكن مجنونة ونحوها واما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في اسقاط حقها لعدم خطابها بالاحكام وصار كما لو قتلت مورثها فانها ترثه ولا يكون قتلها موجبا لحرمانها شرعا ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة في التقام الثدي مختارة فصار كمن القى حية على انسان فلسعته ضمن لان اللسع لها طبع فاضيف اليه واورد عليه بالو ارتد ابو الصغيرة منكوحة ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا شيء لها من المهر لم يوجد الفعل منها اصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر اجيب بان الردة محظورة في حق الصغيرة ايضا على معنى اضافة الحرمة الى ردتها التابعة لردة ابويها بخلاف الارتضاع لا محظور فيه فتستحق النظر فلا يسقط المهر بل يرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد ويرجع به عليها والا لا يرجع وتعمده بان تعلم قيام النكاح وان الارضاع مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع او الهلاك عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح او علمته ولم تعلمه مفسدا او علمته مفسدا لكن خافت الهلاك او قصدت دفع الجوع لا ترجع والقول قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لانه لا يعرف الا من جهتها وعن محمد انه يرجع في الوجهين ما اذا قصدت الفساد وما اذا لم تقصده والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لانها اي الكبيرة وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بان تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك اي تاكيد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة لان التقام الثدي شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة الشرط النقلي وهذا ظاهر غير ان المصنف بين كونها مسببة بان فعل الارتضاع ليس موضوعا لافساد النكاح بل لتغذية الصغيرة وتربيته وانما يثبت الفساد باتفاق صيرورتها اما وبنتا تحت رجل او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل الاسقاط ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من ان وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبرا للايحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما تحن فيه الكبيرة مباشرة الشرط اذ يقال الارتضاع ليس بافساد للنكاح وضعا والافساد ليس بسبب لالزام المهر بل الاسقاط ولبس هو سببا فالمعول عليه

وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رحمه الله يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

في كونه سببا لما بيناه واذا كانت سببية يشترط فيه اي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبب للهلاك فان كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه او في غيره ضمنه للتعدي فيه وانما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينهض على محمد رحمه الله اذ كان من اصله ان السبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه سبب فيشترط التعدي وهو لا يلتزم اشتراط التعدي فيه فانما ينهض الاستدلال على ان السبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التقييد بقصد الفساد بما اذا قتل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضي على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص والدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا ارضعت اجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما لم تغرما شيئا وان تعمدتا الفساد واجيب بالفرق بان فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما بخلاف الحرمة هنا فانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسألة فوقع فيها الغلط وذلك بان قيل فارضعهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من المرأتين لان كلا افسدت بصيرورة كل بنتا للزوج **قوله** وهذا منا اعتبار الجهل الخ جواب سؤال هو ان الجهل بالاحكام في دار الاسلام عندكم ليس عذرا فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الديني لا لدفع الحكم الذي هو وجوب الضمان غيرا اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدي كما قلنا والتعدي به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسألة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما اجنبية معا او على التعاقب حرمتا فلو كن ثلاثا فارضعتهن بان القمت ثنتين ثدييها واوجرت الاخرى ما حلبته حرمن او على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امرأته لانه حين ارضعت الثالثة لم تكن في عصمته سواها ولو كن اربعا فارضعتهن معا او واحدة ثم الثلاث معا حرمن وكذا لو ارضعتهن على التعاقب لانها حين ارضعت الآخرين لم يكن في نكاحه غيرها ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتهما الكبيرة على التعاقب بقي نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس في نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما ولو ارضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم ارضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبيرة الثانية ان ابتدأت بارضاع الصغرى الثانية بانتا منه او بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين ارضعت الاولى صارت اما لهما وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت يحرم الام ثم ارضعت الثانية ليس في نكاحه غيرها **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن احمد واسحق والشافعي باربع نسوة والذي في كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عن مالك بناء على انه مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدي الاجنبية والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة هو ان الحرمة من حقوق الشرع فهي امر ديني يثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك في ضمنه وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

وحديث عقبة بن الحارث في الصحيحين انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امة سوداء فقالت قد ارضعتكما قال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاعرض عني فتنحيت فذكرت ذلك له قال وكيف وقد زعمت ان قد ارضعتكما وعقبة هذا يكنى ابا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الامة وروي مطولا في الترمذي وفيه جاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت اني ارضعتكما وهي كاذبة فاعرض عني قال فاتيته فقلت انها كاذبة قال كيف بها وقد زعمت انها قد ارضعتكما دعها عنك وقلنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكة محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا تستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد واما الحديث فلما في التورع الا يرى انه اعرض عنه في المرة الاولى وقيل في الثانية ايضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاخبار وجوب التفريق لما جاء عن اهل الامر اذ الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسألة بعد ذلك ففيه تقرير على المحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور اطمينان نفسه بخبرها لا من باب الحكم وكونها كانت حقيقة على ما قيل لا ينفي الطمينان للنفس بخبرها بل قد يكون معه لان بعض البلاهة يقارنها عن الغالب عدم الخبث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا القدر لا في المنوع فقد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه الرجال قلنا لا نسلم فان المحارم من الرجال يطلعون عليه وايضا الرضاعة لا تتوقف على التقام الثدي لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروي عن عمر رضي الله عنه مثل قولنا وفي المحيط لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية **فروع** قال لامرأته هذه امي من الرضاعة او اختي او ابنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك فقال اخطأت او نسيت ان كان ثبت على الاول بان قال بعده هو حق او كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال اشهدان لم يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي رحمه الله والنكاح باق لان مثله ما يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثله في الاقرار بالنسب وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمتنع بخلاف ما اذا ثبت بعد التروي فيمنعه قبله ولا يمنعه بعده وهذا في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ولو اقرت المرأة بذلك واكذبها هو ثم قالت اخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي رحمه الله يحلف الزوج على العلم في قوله وعلى الثبات في قولها ولو تزوجها قبل ان تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو اقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا اقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها ان تزوج نفسها منه كان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل التروي والله اعلم

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان احكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي احكام الرضاع شرع بذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب احكامه وايضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا ان ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشأنه ثم ثنى بالاخف وايضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في الوجود باحكامه ويتلوه الطلاق فاوجبه في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه

وأن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولأنه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة

مقام آبائه بعد العرض فلا يقع عليها طلاقه وأما صفته فهو أبغض المباحات إلى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال إن
أبغض المباحات عند الله الطلاق فنص على إباحته وكونه مبغوضا لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي إلا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ولا يلزم
ذلك من وصفه بالبغض إلا لو لم يصفه بالإباحة لكنه وصفه بها لأن أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه وغاية ما فيه أنه مبغوض إليه سبحانه ولم يترتب عليه
ما رتب على المكروه ودليل نفي الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم أمره سبحانه أن يراجعها
فإنها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لا يباح إلا لكبر كطلاق سودة أو ريبة فإن طلاقه حفصة لم يقترن بواحد منهما وأما ما روي لعن الله كل ذواق
مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين
ولا يخفى أن كلامهم فيما سيأتي من التعاليل يصرح بأنه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما وإنما أبيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا
في بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع والأصح حظره إلا لحاجة للأدلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات أعني أوقات تحقق الحاجة المبيحة
وهو ظاهر في رواية لأبي داود ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق وإن الفعل لا عموم له في الزمان غير أن الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة
المبيحة أن يلقي إليه عدم اشتهائها بحيث يعجز أو يتضرر بإكراهه نفسه على جماعها فهذا إذا وقع فإن كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت بإقامتها
في عصمته بلا وطء أو بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وإن لم يكن قادرا على طولها أو لم ترض هي بترك حقها فهو مباح لأن
مقلب القلوب رب العالمين وأما ما روي عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه فقال أحب الغنى قال الله تعالى وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو
رأي منه إن كان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضي الله عنهم كطلاق عمر رضي الله عنه أم عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الأربع دفعة
واحدة فقال لهن أنتن حسنات الأخلاق ناعمات الأطواق طويلات الأعناق اذهبن فأنتن طلاق فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا وأما إذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة
وسوء أدب فيكره والله سبحانه أعلم وأما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن وأما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره
الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن
ونقصان الدين وعنه كان أكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكايد وإفشاء سر الأزواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلاثا لأن النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة
إليها والحاجة إلى تركها وتسوله فإذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليجرب نفسه في المرة الأولى فإن كان الواقع
صدقها استمر حتى تنقضي العدة وإلا أمكنه التدارك بالرجعة ثم إذا عادت النفس إلى مثل الأول وغلبته حتى عاد إلى طلاقها نظر أيضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة
إلا وقد جرب وفقه في حال نفسه وبعد الثلاثة لا تحل إلا بعد زوج آخر فما أفاد المصنف بقوله الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعي اعلم أن الطلاق
سني وبدعي والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعي كذلك فالسني حسن وأحسن فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها
فيه ولا في الحيض الذي قبله لم يطلقها فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتي ويتركها حتى تنقضي عدتها لما أسند ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي أن الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وقال محمد بلغنا عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون
أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وأن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولأنه أبعد من الندامة حيث أبقى لنفسه
مكنة التدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة وبعدها دون تحلل زوج آخر وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها بالنسبة إليه فإن سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر

والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة

الاحوط فلا خلاف لاحد في الكراهة اشار واقعة الطول بل الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك ولما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند اصحابنا رحمهم الله احسن ثم اعلم ان السني المسنون هو كالمندوب في استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية ان يطلقها عقيب جماعها او حائضا او ثلاثا فمنع نفسه منه الى الطهر الآخر والواحدة تقول انه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذلك الوجه امتثالا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو اوقع واحدة في الطهر الخالي من غير ان يخطر له داعية ذلك الايقاع سنيا وطلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب هو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ اسبابها وقيام داعيتها وهذا لكن استمر على عدم الزنا من غير ان يخطر له داعيته وتهيئه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعيته وطلب النفس وتهيؤه وكف تجافيا عن المعصية اثيب **قوله** والحسن طلاق السنة وانت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له الا تمييزه بالمفضول من طلاق السنة قال وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار سواء كانت الزوجة مسلمة او غير مسلمة لانه المخاطب بالايقاع كذلك ويجب على الغائب اذا اراد ان يطلق ان يكتب اذا جاءك كتابي وانت طاهرة فانت طالق فان كنت حائضا فاذا طهرت فانت طالق فقال مالك هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور ثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال ثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض ثم اراد ان يتبعها بطلقتين اخريين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا امرك الله قد اخطأت السنة السنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فامرني فراجعتها فقال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك او امسك فقلت يا رسول الله ارأيت لو طلقتها ثلاثا اكان يحل لي ان اراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية اعله البيهقي بالخراساني قال اتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به ورواه الطبراني ثنا علي بن سعيد الرازي ثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي ثنا ابي ثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر وكذلك قال ابو حاتم وقيل لابي زرعة الحسن لقي ابن عمر قال نعم واما اعلال عبد الحق له بمعلى بن منصور فليس بذلك ولم يعله البيهقي الا بالخراساني وقد ظهرت متابعته ولان الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج الى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح بحسن الظاهر وطريق عطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور ان يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويطالبها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدر اوقع اخرى في الطهر الآخر كذلك فان قدر ابانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم اذا وقع الثلاث في ثلاثة اطهار فقد مضى من عدتها حيضتان ان كانت حرة فان حاضت حيضة انقضت وان كانت امة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت وقد وقع عليها ثنتان **قوله** ثم قيل الاولى ان يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها وقال الاصح والاظهر اي الاظهر من قول محمد حيث قال اذا اراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت ورجح بانه لو اخرها ربما جامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول اقل ضررا فكان اولى وهو رواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة **قوله** وطلاق البدعة ما خالف قسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او مفرقة في طهر واحد او ثنتين كذلك او واحدة في الحيض او في طهر قد جامعها فيه او جامعها في الحيض الذي يليه هو فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا في كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فمن الامامية لا يقع

ولكن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا

بلفظ الثلث ولا في حالة الحيض لانه بدعة محرمة قال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد وفي امره صلى الله عليه وسلم ابن عمر ان يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض اما بطلانه في الثلث فنتكلم فيه ما سياتي من رد كلام الامامية قال القوم تقع به واحدة وهو مروي عن ابن عباس وبه قال ابن اسحق ونقل عن طاوس وعكرمة يقولون خالف السنة فيرد الى السنة وفي الصحيحين ان ابا الصهباء قال لابن عباس الم تعلم ان الثلث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من امارة عمر قال نعم وفي رواية لمسلم ان ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلث واحدة فقال عمر ان الناس قد استعجلوا في امر كان لهم فيه اناة فلو امضيناه عليهم فامضاه عليهم وروى ابو داود عن ابن عباس قال اذا قال انت طالق ثلثا بفم واحد فهي واحدة وروى ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلث وفي غيرها واحدة لما في مسلم وابي داود والنسائي ان ابا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال اما علمت ان الرجل اذا طلق امرأته ثلثا قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس بل كان الرجل اذا طلق امرأته ثلثا قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال اجيزوهن عليهم هذا لفظ ابي داود وذهب جمهور الصحابة رضي الله عنهم والتابعين ومن بعدهم من ائمة المسلمين الى انه يقع ثلث ومن الادلة في ذلك ما في مصنف ابن ابي شيبة والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي سنن ابي داود عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس رضي الله عنه فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلثا قال فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ثم قال ينطلق احدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس فان الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي الموطا بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس رضي الله عنه اني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى فقال ابن عباس رضي الله عنه طلقت منك بثلث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفي الموطا ايضا بلغه ان رجلا جاء الى ابن مسعود رضي الله عنه فقال اني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ما قيل لك فقال قيل لي بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الاجماع على هذا الجواب وفي سنن ابي داود وموطا مالك عن محمد بن اياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلثا قبل ان يدخل بها ثم بدا له ان ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس رضي الله عنه وابا هريرة رضي الله عنه عن ذلك فقالا لا نرى ان تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما طلاقي اياها واحدة فقال ابن عباس رضي الله عنه انك ارسلت من يدك ما كان لك من فضل وهذا يعارض ما تقدم من ان غير المدخول بها تطلق بالثلث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس رضي الله عنه وفي موطا مالك مثله عن ابن عمر رضي الله عنه واما امضاء عمر الثلث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة رضي الله عنهم له وعلمه بانها كانت واحدة الا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ او كان ذلك على ظاهره او لعلمهم بانتهاء الحكم لذلك لعلمهم باناطته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فانا نرى الصحابة تتابعوا على هذا ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك ابدا فمن ذلك ما اسنده عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وابي هريرة وروي ايضا عن علي وابن عمر رضي الله عنهم وابن العاص ما اسنده عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود ثلث تبينها وسائرهن عدوان وروى وكيع عن الاعمش عن حبيب بن ابي ثابت رضي الله عنه قال جاء رجل الى علي بن ابي طالب فقال اني طلقت امرأتي الفا فقال له علي بانت منك بثلث واقسم سائرهن على نسائك وروى وكيع ايضا عن معاوية بن ابي يحيى قال جاء رجل الى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال طلقت امرأتي الفا فقال بانت منك بثلث واسند عبد الرزاق عن

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها

من قول ابن عباس رضي الله عنهما للذي طلق ثلاثا وجاء يسأل عصيت ربك وما قدمناه من سند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث في معصية الله وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن ابي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله فأثم واطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين اظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله الا اقتله وما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف ثم يجب حمل ما روي عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثا للسنة على انه ثلاث متفرقة ايضا لما ذكرنا من ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنياوية والادلة السمعية التي ذكرناها وانما ابيح للحاجة الى الخلاص من المفاسد التي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقدمنا ان الحاجة باطن فانيط الحكم بدليلها وهو الاقدام عليه في زمن الرغبة فاذا طلقها في كل طهر طلقة تحكم بالحاجة الى الثلاث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهي هنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فاجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من ان الحاجة تتحقق الى فطام النفس على وجه يأمن غائلة عروض الندم وطريقه ايقاع الثلاث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهناه **قوله** والمشروعية في ذاته جواب عن قوله مشروع فلا يجامع الحظر يعني ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه في ذاته ازالة الرق لما قدمنا من ان النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنياوية فجاز اثبات مشروعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب الحكم مع استحقاق العقاب اذا لم يكن مسوغ للحظر الحالي كالصلوة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا احسن من قوله مشروع في ذاته الخ اذا تأملت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر وسيصرح به في وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في طلاق الحامل حيث قال ان الاباحة بعلة الحاجة **قوله** وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة **قوله** واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل يعني اصل المبسوط وهو الكافي للحاكم ابي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادات لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذا ان ابا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه القياس على الخلع والجواب تجويز ان يكون ابو ركانة طلق قبل الدخول او انه اخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره اذ ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روي عن ابي حنيفة ان الخلع لا يكره حالة الحيض **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها وهي ان يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا فغي التي خلا بها اولى ان يكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد في المدخول بها تقسيمها ان يطلقها واحدة ليس غير وان يطلقها ثلاثا في ثلاثة اطهار ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وكانه عم المدخول بها في التي خلا بها فانها ايضا تجب مراعات السنة في طلاقها وذلك ان تعتبر الطهر الذي لا جماع فيه ولا

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر **قال** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسألة الاجارات

ولا في الحيض لتحقق فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلما خل بها لا يدلها ان بقت الرغبة العصبية وانما قلنا ان المراعى في تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وزمان تجددها هو الطهر الخالي عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذي جومعت فيه اما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية واما الطهر الذي جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة واما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز ان يطلقها في حال الطهر والحيض هذا حاصل ما ذكره وهو يقتضي ان المدخول بها يجامعها وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح فما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا امرك الله فالجواب ان الاشارة من قوله هكذا الى الطلاق الحاصل الذي وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها لانه قال في رواية في هذا الحديث فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها **قوله** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر اي بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وقيل سبع او كبر بان كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر او لا بان بلغت بالسن ولم تر دما اصلا فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى واذا مضى شهر طلقها اخرى قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اي لم يحضن بعد فيها لان لم تقلب معنى المضارع الى المضي فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها ايضا نص على ان الاشهر عدة بقوله فعدتهن ثلاثة اشهر والعدة في ذوات الحيض ليست الا بالحيض لا بالمجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فانه في ذوات الحيض بحيضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر ويكون الاقامة باعتبار ما مع لازمه من الطهر المضاف الى كل حيضة اذ لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة ايام لانها اكثر الحيض المجعول عدة والحيض المجعول عدة هو الذي يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون مدتها غالبا شهرا وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض تتخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحقيقها لا من مسماه وما الزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لزم منع الطلاق في الشهر الثاني لانه في حيض حكما مدفوع بانه مقامه في انه عدة فقط لا في ذاته وراث الشهر طهرا لا في حكم آخر لانه اي ان الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق في الشهر الثاني وهذا لحافظ تعليل البدوي لا حرج له في الفروع **قوله** ثم ان كان الطلاق وقع في اول الشهر ان يقع في اول ليلة رؤي فيها الهلال تعتبر الشهور بالاهلة اتفاقا في التفريق والعدة وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق اي في تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفي ثلثين من الطلاق الاول بل في الحادي والثلثين فما بعده لان كل شهر معتبر ثلاثين فلو طلقها في اليوم الموفي ثلثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعتبر بالايام وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله فلا تنقضي عدتها الا بتسعين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة وقوله في اختيار الصغرى تعتبر في العدة بالاهلة بالاجماع يخالف النقل **قوله** وهي مسألة الاجارات يعني اذا استاجر ثلاثة اشهر في رأس الشهر عتبرت بالاهلة اتفاقا فتقع كاملة وان استاجرها في اثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه اسهل وليس بشيء وجه قوله ان الاصل في الاشهر الاهلة فلا يعدل عنه الا لضرورة وهي مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن ان يقول ذلك في الاشهر العربية وهي المسماة بالاسماء من المحرم وهو لم يستاجر جمادين ورجب مثلا فاذا شهرا مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة مرح فلا بد من تسعين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة اشهر من هذا اليوم

قال ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولأن بالجماع تفتر الرغبة وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لأنه يرغب في وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان الرغبة فصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لأن العلم في حقها إنما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل

فلا ينقضي هذا الشهر حتى يدخل في ذلك الأيام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الأول فيلزم تداخل في الثلاثة **قوله** ويجوز أن يطلقها أي يطلق التي لا تحيض من صغر أو كبر ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وبه قالت الأئمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر وفي المحيط قال الحلواني هذا في صغيرة لا يرجى حبلها أما فيمن يرجى فالأفضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر ولا يخفى أن قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزوم الفصل لأن الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيما يجب الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر ولأن بالجماع تفتر الرغبة وإنما تتجدد بزمان **قوله** ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها أي في التي لا تحيض من صغر أو كبر والكراهة أي كراهة الطلاق في الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة أهي بالحيض أو بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا كبر بل بالاتفاق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت إلى سن البلوغ أن لا يجوز تعقيب وطئها بالطلاق لتوهم الحبل في كل منهما ولما كان ظاهرا أن يقال قد علل منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه بأنه تفتر الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الأمر أن الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع دليل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة إن فقد الأول فقد وجد الثاني فيمتنع أجاب بقوله والرغبة إلخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بالجماع هذا بل انقطاع سبب من أسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا إلا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطئا غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطء وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى لسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا بقي الأصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لأن حاصل الوجه أن للرغبة سببين عدم الوطء مدة تجدد الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطء غير معلق فعدم المدة فقط بالوطء القريب عدم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن أن يقال ينبغي أن يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قبله من التعليل بعدم توهم الحبل وادعاء أن الكراهة في ذوات الحيض باعتباره فإنه تعليل بما لا أثر له لأنها عقيب الطلاق متربصة على كل حال إلى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر في العدة إلى أن يظهر حملها أو يظهر امتداد طهرها بأن لم يظهر حملها فتصير لأمر آخر فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها فيه فظهر أن التعليل باشتباه وجه العدة لا أثر له إذ لم يبق فرق بين اعتدادها إذا جومعت في الطهر وعدمه إلا تجويز أنها حملت أو لا وهذا لا يختلف معه الحال التي ذكرنا من اعتدادها لا يقال إنه على أصل الشافعي من أن الحامل تحيض يصح التعليل به لأنها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وإن رأت الدم فلا يحكم بعدمه برؤيتها ثلاثا إلا إذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل فلم يظهر بل وعلى أصلنا لأنا نمنع من رؤية الحامل الدم بل نقول إن ما تراه استحاضة فمع تجويزنا الحبل التحقيق بأن ما رأته حيض أو استحاضة وهي حامل إلى أن تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لأنا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطئت في الطهر الذي يليه طهر الطلاق فلو اعتبر لمنع الوطء فيه أيضا خصوصا في آخره والحق أن كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وتشتت حاله وحالها **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة أي إن اعتبر حاملا أو لأنه زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق لأنه اتفق أنها قد أحبلت أو لطيفة فيبقى آمنا من غيره فيرغب فيه لذلك أو لمكان ولده منها لأنه يتقوى به الولد فيقصد نفعه فظهر أنه لا حاجة إلى قوله فيما بال الرغبة في الوطء لكل من الأمرين **قوله** ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة إلا واحدة وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري لأن الأصل في الطلاق

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له أن يراجعها لقوله عليه السلام مُرْ ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة

الطهر وقد ورد الشرع بإحلال الثلاث متفرقا على فصول العدة في ذوات الحيض وورد بإقامة الأشهر مقام الحيض في الصغيرة والآيسة فيصح الإلحاق في تفريقها على الأشهر والأشهر في حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها وفيها لا يفرق الطلاق على الأشهر فكذا الحامل وهو قول محمد وزفر وقول الأئمة الثلاثة رحمهم الله ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة وقد بينا أنها لا تندفع مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم التفريق على أوقات الرغبة وهي الأطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس إلا الحيض لأنها العدة لا الأطهار عندنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرطه ألا تكون في زمان تجدد الرغبة والتجدد وبعد الفتور لا يكون عادة إلا بعد زمان معين رأينا الشرع فرقها على الأطهار وجعل الإيقاع أول كل طهر جائزا علمنا أنه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان إلى مثله من أول طهر يليه وذلك في الغالب شهر فأدرنا الإباحة على الشهر وعلى هذا فالتفريق على الأشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لإقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالإثبات فيها أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لأنها محل النص على تعلق جواز الإيقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك وعلى هذا التقدير يسقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه فطلقوهن لعدتهن لما بينا من انتفاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة إلى الحكم على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الأقراء وإنما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر المتقدم إن من السنة أن تستقبل الطهر فيطلقها لكل قرء واحدة والمراد بالقرء الطهر فقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرا من غير جماع وبهذا الآن لزوم التفريق طريقه أن مفهوم طلقوهن أوقعوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عمومين عموم طلاقهن لأنه جنس مضاف وكذا عدتهن فيقابل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتهن وجميعه بفم واحد حرام فكان المراد تفريقه على الأطهار أو ما يقوم مقامها وهذا غير لازم لأن الفعل إنما يدل على المصدر النكرة فالمعنى أوجدوا طلاقا عليهن لعدتهن أي الاستقبال وأيضا فلفظ فصول العدة غير مذكور في النصوص إنما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها بالنسبة خاصة لأنها اتفق أنه ثلثها اتفاقا وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتها كذلك إن لم يتفق أن نسبته بالثلث وعلى هذا يقوى بحث شمس الأئمة أن الشهر من فصول العدة للحامل غير أنا لا نعلق به إباحة الإيقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان تجدد فيه الرغبة عند مسبوقيته بذلك القدر من الزمان. قوله وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الإمامية ونقل بعضهم عن إسمعيل بن علية من المحدثين وهذا لأن النهي عنه لمعنى في غيره يعني النهي الكائن من الأمر أي قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو المراد بالأمر في قوله صلى الله عليه وسلم ما هكذا أمرك الله قوله وهو ما ذكرنا أي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الإيقاع عاص بإجماع الفقهاء ويستحب له أن يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين مر ابنك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع فيندفع به قول ثان في الوقوع والحث على الرجعة والاستحباب المذكور إنما هو قول بعض المشايخ وكأنه عن قول محمد في الأصل وينبغي له أن يراجعها فإنه لا يستعمل في الوجوب والأصح أنه واجب كما ذكر المصنف عملا بحقيقة الأمر فإن حقيقته ما وجب الصيغة الطلبية على وجه الحتم واعلم أن على قول الشافعية رحمه الله أن لفظ الأمر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة حتى يصدق المندوب مأمور به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب إذ لا يلزم من قوله مره أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل كونه غيره فإن لم يتعين ثبت كونه مطلوبا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله كذا رحمه ... بالاستحباب وأما عندنا فمسمى الأمر الصيغة الموجبة فكان الأمر حقيقة

قال فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها قال رضه وهكذا ذكر في الأصل وذكر الطحاوي رحمه انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى قال أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة رحمه وما ذكر في الأصل قولهما ووجه المذكور في الأصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل وإذا تكاملت الحيضة الثانية فالطهر الذي يليها أوان السنة فأمكن تطليقها على وجه السنة ووجه القول الآخر ان أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها ولكانت صادرة عن حضرته صلى الله عليه وسلم لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مره ابنك على جهتين صريح وهو الوجوب على عمر رضه بان يامر وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه فالقائلون بالاستحباب هنا انما بنوه على ان المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب ان ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز ايجاب رفع اثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الامر بقاء ما هو اثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا البحث انما يوجب الوجوب لكن لا يفيد ان ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشائخ مع ان محمدا في الاصل انما قال ينبغي ويدل على الاستحباب مرجع هذا الكلام الى انكار نقل الوجوب عن المشائخ صريحا اسلم قول بعض المشائخ بل ذلك بحث فاذا تحقق النقل اندفع وقوله هو الاصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير اثره مع انه للمعصية اما تاويلها بالعصيان او هو للطلاق في الحيض **قوله** فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الاصل ولفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة اخرى راجعها وذكر الطحاوي ان له ان يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها قال الشيخ ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه وما ذكر في الاصل قولهما والظاهر ان ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب ابي حنيفة رحمه الا ان يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه ولذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه وبه قال الشافعي في المشهور ومالك واحمد وما ذكر الطحاوي رواية عن ابي حنيفة رحمه وهو وجه للشافعية ووجه المذكور في الاصل وهو ظاهر المذهب لابي حنيفة رحمه من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضه مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له ان يطلقها فليطلقها قبل ان يمسها فتلك العدة التي امر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر رضه مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا او حاملا رواه مسلم واصحاب السنن والاولى اولى لانها اكثر تفصيلا بالنسبة الى هذه الرواية واقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال ليمسكها حتى تطهر ان استحباب الرجعة او ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي وقع فيه وهو المفهوم من كلام الاصحاب ايضا فلو لم يفعل هذا الفعل حتى طهرت تقررت المعصية واما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزى اي ليس تجزيتها على حدة حكم في الشرع والاولى ان يقول لا يمكن ان يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها اذ لا يتصور حيضة الا الثانية فلغى بعض الاولى ووجه ما ذكره الطحاوي ان اثر الطلاق انعدم بالرجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن ابي حنيفة رحمه اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره ان يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع ما لو اخذ بيدها بشهوة ثم قال لها انت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لانه يصير مراجعا باللمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا تقع الا الاولى ثم في كل طهر بعد حيضة تقع اخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك الى ابي حنيفة انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا اذا وقعت الرجعة بالقول او باللمس اما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له ان يطلقها اخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر جامعها فيه وان حبلت ففي قول ابي يوسف وليس له ان يطلقها اخرى حتى يمضي شهر وعند ابي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله له ان يطلقها لان العدة الاولى سقطت فالطلاق عقيب الجماع في الطهر انما لا يحل لاشتباه امر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وظهر الحبل هذا في تحقق الرجعة فاما لو تحقق النكاح بان كان الاول بائنا فيصلح لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا وقيل في تحقق الرجعة ليس له ان يطلقها اتفاقا والاوجه انه على اختلاف الرواية عنه

فصل ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار

كلامه ومختار المص اوجه لان مع نية الجملة لا يكون اللام للوقت مفيدة للعموم ووقوع الثلث الا من ضرورة تعميمها بالوقوع لان مجرد طالق لا يصح فيه نية الثلث على السياق انشاء الله تعالى فاذا انتفى تعميم الاوقات لم يبق ما يصلح لايقاع الثلث فلا يعمل فيه جملتها وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعي فاذا نوى مع ان الاول اذا نوى الطلاق العام الذي هو احد القسمين مع منعناه لان طالقا لا يراد به الثلث اصلا بلا خلاف في المذهب على السياق لعدم احتماله اياه فلا يراد به وان اراد ولانه نوى فردا من الطلاق البدعي او المستحب مع فسلم ولا يفيد وقوع الكل وليس ثم موجب آخر لفرض ان اللام ليست لعموم الوقت ليس غير داورد عليه بعض الشارحين منع ان تعميم الاوقات لا يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على انه اذا قال انت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلث لما سيعرف من انها بطلاق واحد تكون طالقا كل يوم وكذا بالطلاق في وقت من اوقات السنة تصير طالقا في جميع اوقاتها المستقبلة وهذا غير مطابق للتنازع فيه لان الكلام فيما اذا نوى بقوله طالق للسنة تعميم اوقات السنة بالوقوع لا فيما اذا لم يكن نية وقد ذكرنا انه اذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم يقع به واحدة بائنة ولو نوى فيه تجدد الواقع في الايام عملت نيته فيقع الثلاث في ثلاثة ايام ثم هذا يصلح للمكافاة على وقوع الثلث مفرقا على الاطهار في هذه المسئلة ومفرقا على الايام في المسئلة المورودة بناء على ما ذكرنا من ان طالقا لا يقبل التعميم وللسنة على ما قرر المصنف لوقتها فيفيد تعميم الوقت لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع في العدة بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب انها طالق في جميع اوقات السنة المستقبلة وفي كل الايام فلم يوجب تعميم طالق في عدد الطلاق ولا يحتمله فلا محتمل ح للتعميم فلا تصح نيته وسنذكر ما ذكر من وجه تصحيحه في فصل اضافة الطلاق انشاء الله تعالى **فروع** الفاظ طلاق السنة على ما عن بشر عن ابي يوسف وللسنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والاسلام واحسن الطلاق واجمله وطلاق الحق او القران او الكتاب كل هذه تحمل على اوقات السنة بلا نية لان كل ذلك لا يكون الا في المامور به ولو قال طالق في كتاب الله او بكتاب الله او معه فان نوى طلاق السنة وقع في اوقاتها والا وقع في الحال لان الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج الى النية ولو قال على الكتاب او على قول القضاة او الفقهاء او طلاق القضاة او الفقهاء فان نوى السنة دين وفي القضاء يقع في الحال لان قول القضاة او الفقهاء يعني الامرين فاذا خصص دين ولا يسمع في القضاء لانه غير ظاهر ولو قال عدلية او سنية وقع عند ابي يوسف للسنة ولو قال حسنة او جميلة وقع في الحال قال محمد في الجامع الكبير يقع في الحال في كلها لان هذه الصفات جاز ان توصف بها المراة فلا تجعل للطلاق حتى يتاخر فيقع في الحال واعتبر ابو يوسف ره الغالب وباتي في الفصل الذي يليه التشبيه الطلاق ولو قال طالق للبدعة او طلاق البدعة ونوى الثلث في الحال يقع لانها تحتمل كلامه وكذا الواحدة في الحيض والطهر الذي فيه جماع وان لم يكن له نية فان كان في طهر فيه جماع او في حالة الحيض والنفاس وقعت واحدة من ساعته وان كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض او يجامعها في ذلك الطهر

فصل قوله ولا يقع طلاق الصبي وان كان يعقل والمجنون والنائم والمعتوه كالمجنون قيل هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وقيل العاقل من يستقيم كلامه وافعاله الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وهذا يؤدي الى ان لا يحكم بالعته على احد والاولى ان لا يؤول ما قيل من يكون كل من الامرين منه غالبا معناه يكثر منه وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح احيانا والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذلك وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون الذي في سنن الترمذي عن ابي هريرة رضه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه

وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه
مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته
اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار
الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع

المغلوب على عقله ضعفه وروى ابن ابي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يجوز طلاق الصبي وروي ايضا عن علي رضي الله عنه كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه
وعلقه البخاري ايضا عن علي بالجزم بالنفاذ وروى البخاري ايضا عن عثمان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق لكن معلوم من الكليات
الشرعية ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له اهلية التصرف وادناها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل الا لانتفاء مصلحة
ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو
حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدار
البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا ينبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية وبهذا يبطل ما نقل عن ابن المسيب
اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر يجوز طلاق الصبي ومراده العاقل ومثله عن الامام احمد رحمه الله ولا تعلم صحة هذه النقول **قوله** وطلاق المكره
واقع وبه قال الشعبي والنخعي والثوري خلافا للشافعي رحمه الله وبقوله قال مالك واحمد رحمهما الله فيما اذا كان الاكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروي
عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار
الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا
كاملا في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه غير انه محمول على اختياره وذلك لا تاثير له في نفي الحكم يدل عليه حديث
حذيفة وابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا تاثير
للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضاء وهو منتف بالاكراه وحديث
رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم احكام الدنيا واحكام الآخرة بل اما حكم الدنيا
واما حكم الآخرة والاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والا عمم وروى محمد رحمه الله باسناده عن صفوان بن عمر الطائي ان امراة
كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله فابت فطلقها
ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فساله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وروي ايضا عن عمر رضي الله عنه قال اربع
مبهمات مقفلات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة واما الوجه القائل الاكراه لا يزيل الخطاب فيما اكره فيه حتى يباح مرة و
يفترض اخرى ويحرم اخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل او وجب الاقدام عليه لكان تلفظا او لا يلزم من حل التلفظ دفعا
للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الاكراه من الاحكام عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء
والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعها النسفي رحمه الله في قوله يصح مع الاكراه عتق ورجعة ونكاح وايلاء طلاق مفارق وفيء
ظهار واليمين ونذره وعفو لقتل شاب عنه مفارق وهذا في الاكراه على غير الاسلام واما فيما الاكراه على الاسلام فيحكم باسلامه لان الاسلام يعلو
قوله وطلاق السكران واقع وكذا اعتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المراة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به
التكليف فهو كالصاحي ووقع في بعض النسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال الزوج نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس هذا بصحيح لاصحابنا
لانه اذا قال نويت به او ذكر كناية من الكنايات مثل انت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكر الذي يصح به التصرفات (١٠)

واختيار الكرخي والطحاوي رحمهما الله انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه

ان يصير بحال يحسن ما يستقبحه الناس ويستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي في الاصح واحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وابو ثور والمزني وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه وروي عن ابن عباس رضي الله عنه وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشائخنا ووجهه ان قل ما يصح التصرف منه والسكران حكمه ما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح او مظنته وليس له ذلك فهو اسوأ حالا من النائم لانه افاق او قط يستيقظ بخلاف السكران وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا اثر له والا صحت ردته ولا تصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم فرعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه على هذا التقريب تنادي مشائخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله باكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فافتى المزني بحرمتها وافتى اسد بن عمرو بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شأنها فيهم فلما ظهر من امرها من الفساد كثيرا وفشا عاد مشائخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها فادرنا عليه واعتبرنا اقواله بهذا الوجه من الجانبين بعد ان الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل الى آخره ويبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييزه الرجل من المرأة والعجب انه صرح به في بعض العبارات من ان معه من العقل ما يقوم به التكليف اذ لا شك ان على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص وان كان قبل سكره فيستلزم ان يكون مخاطبا في حال سكره اذ لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا وبلا النصوص من الاجماع فانه لما الحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحد والقصاص حتى حد اذا قذف وقتل اذا قتل فان الحقه به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق اولى وانما لم نعتبر اقراره بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجب احتمالا قريبا يقينه عدم صحته ولان صريح النص انما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو اثبتناه في اصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب الكفارة التشديد فيما يوجبه ولان الكفارة لحالة هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط في الاكفار بل يحتاط في عدمه ولان الكفر الاعتقاد وهو منتف ولا يقال يلزم عدم اكفار الهازل لانا ايضا لا نعتقد ما قاله من الكفر بل انما لم نكفره لانا نقول الكفار بالاستخفاف بالدين لا الاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لان زائل العقل لا يوصف بانه مستخف بشيء وفي جعل الفقه لان بقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل يقتضي بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وادخال الآفة قصدا ينبغي ان نقول يقع فان عبد العزيز الترمذي قال سألت ابا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتقى الى راسه فطلق امرأته قالا ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الضرب سبب فكان محل هذا ما قلناه من ذلك قلنا اذا ضرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة لاضافة الصداع لعقل ان ثم لا يصل الا السكر المثيرة تنزل لنا فان الشرب ليس موضوعا للصداع بل ثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة له

وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعاً للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى وطلاق الأمة ثنتان حراً كان زوجها أو عبداً وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولأن صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان

في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد منه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعاً للمعصية لم يوجب التشديد بمنع الترخص قلنا نعم ضعف زوال العقل إليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال من حيث تعلق التشديد لإضافة زوال العقل إليه وهو المعصية وعلى هذا لو شربها مكرهاً أو لإساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الأئمة الثلاثة قال شيخنا وفخر الإسلام وكثير منهم على أنه يقع لأن عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرهاً والأول أحسن لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب في زواله بسبب محظور وهو منتف والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر أو الأشربة الأربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها مختاراً اعتبرت عباراته وأما من شرب من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد وبقول محمد يفتى لأن السكر من كل شراب محرم **قوله** وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت معهودة فكانت كالعبارة في الدلالة استحساناً فيصح بها نكاحه وطلاقه وشراؤه سواء قدر على الكتابة أو لا وهذا استحسان بالضرورة فإنه لو لم يعتبر منه ذلك أدى إلى موته جوعاً وعرياً إنا رأينا الشرع اعتبر إشارته في العبادات ألا يرى أنه إذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان معتبراً فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة وهو قول حسن وقال بعض مشايخنا ولا يخفى أن المراد من الإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه لأن العادة منه ذلك فكانت الإشارة بياناً لما أجمله الأخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والأخرس فيها كالصحيح فإذا طلق الأخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لأنه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء وسنفصله إن شاء الله تعالى موصولاً بكنايات الطلاق **قوله** وطلاق الأمة ثنتان حراً كان زوجها أو عبداً وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بالرجال فإن كان الزوج عبداً وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين وإن كان هو حراً وهي أمة لا تحرم عليه إلا بثلاث ونقل أن الشافعي لما قال عيسى بن أبان له أيها الفقيه إذا ملك الحر على امرأته الأمة ثلاثاً كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فإذا حاضت وطهرت وقع أخرى فلما أراد أن يقول فإذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة وبقول الشافعي قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما له ما روي عنه صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما اعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا الطلاق تحقيقاً للمقابلة فانتفى أن يراد به الإيقاع بالرجال لأنه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن وفي موطأ مالك أن نفيعاً مكاتباً لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبداً كان تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعاً فقالا حرمت عليك حرمت عليك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه وهو الرابع الثابت بخلاف ما رواه وما ذكر من معنى المقابلة لأنه فرع صحة الحديث وحسنه ولا يجوز له حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف قال الحافظ أبو الفرج بن الجوزي موقوف على ابن عباس وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطأ موقوف عليه على عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابي وهذا الإلزام إنما يكون بعد الاستدلال على حقيقة مذهب الخصم بالاعتقاد الملزم صحيح إذ لا يكون نقض مذهب خصمه مقطعاً يوجب صحة مذهب نفسه إلا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون إلا

ولأن حل المحلية نعمة في حقها وللرق أثر في تنصيف النعم إلا أن العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان وتأويل ما روي أن الإيقاع بالرجال وإذا تزوج العبد امرأة حرة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا

إذ لا يلزم من عدم صحة ما له قدرة صحيحا ونشيت عنده في مذهب الصحابي فهو في معتقده غير معروض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما رويناه فإن قلت قد ضعف أيضا ما رويتم بمظاهر بن أسلم ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا أولا تضعيف بعضهم ليس كرده بالكلية كما هو فيما رويتم وثانيا بأن ذلك التضعيف ضعيف فإن ابن عدي أخرج له حديثا آخر عن المقبري عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة من آخر آل عمران وكذا رواه الطبراني ثم منهم من ضعفه عن أبي عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وأبي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس ثم قال ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمي مشايخنا بجرح فإذن إن لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ومما يصحح الحديث أيضا عمل العلماء على وفقه قال الترمذي عقيب روايته حديث غريب والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده انتهى والله أعلم **قوله** ولأن حل المحلية نعمة تزيد بزيادته ولذا اتسع نبيه صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضيلته وللرق أثر في تنصيف النعم في الشرع كما عرف إلا أن العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان يعني يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقه إياها لكن العقدة لا تتجزى فكملت كالطلقة والحيضة في حقها ثم لو تم ما رواه كان المراد به أن إيقاع الطلاق بالرجال لأنه لو كان احتمال اللفظ سواء كانت الثانية ترجح بما رويناه فكيف وهو المتبادر إلى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال **قوله** وإذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح يثبت للعبد لأن ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على أصل الحرية إلا أنه يحتاج في ابتداء تملكه إياه إلى إذن المولى لأنه لم يشرع إلا بالمال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه إياه فإذا التزمه حتى ثبت له الملك كان إليه رفعه لا إلى غيره وفي سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس جاء النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق رواه الدارقطني أيضا من غيرها والله أعلم **فرع** الوكيل بالطلاق إذا لم يكن بالبائن لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا أو رجعيا فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة وإذا انقضت عدتها ينعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما إذا كان الطلاق بائنا فإنه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله أعلم بالصواب

باب إيقاع الطلاق لما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السني والبدعي وإعطاء لبعض أحكام تلك الكليات وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لإعطاء أحكامها كذا أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي فنزل منزلة تفصيل يعقب إجمالا فظهر أن المراد بإيقاع أحكام ما به الإيقاع والوقوع لا إياه والمعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجا **قوله** فالصريح قوله أنت طالق إلى آخره ظاهره الحصر يفيد أن لا صريح سوى ذلك وليس كذلك فسيذكر منه التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كأنت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لإشعار الكاف بعدم الحصر على هذا لا يصح ضبط الصريح بأنه ما اجتمع فيه حرف ق بصيغة التفصيل لا الأفعال إلا أن يقال الوقوع بالمصدر تناوله بطالق **قوله** لأنها صريحا فإن ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا صريح فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الألفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق دون

ولأنه يعقب الرجعة بالنص فلا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال

غير أن الأولى في تعليل عدم افتقاره إلى النية أنه صريح فيه لغلبة الاستعمال ثم قصارى أن الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره
والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وعند الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما
في القرآن للطلاق كثيرا قلنا المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لا استعمالهما شرعا مرادا هو بهما **قوله** لأنه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكمين كونه
يعقب الرجعة وعدم احتياجه إلى نية أما الأول فمقيد بما إذا لم يعرض عارض تسميته مالا أو ذكره صفة على ما سيأتي وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه
من ذلك فلا حاجة إلى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله والمطلقات يتربصن
فإن قيل التسريح يستعقبها للإجماع على أن المراد بالبعولة في الآية الكريمة المطلقون صريحا حقيقة كان أو مجازا غير متوقف على إثبات كون المطلق رجعيا
بعلا حقيقة فلا حاجة إلى إثباته في ذلك وأما قوله سماه بعلا فعلم أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ثم أورد أن حقيقة الرد يدل على زوال الملك
فلا يكون زوجا إلا مجازا وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك
بل يقال بعد انعقاد سببه والا معلقا بتعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع للمبيع في البيع الذي
فيه خيار شرط للبائع فإن معناه رد للمبيع من أن يخرج عن ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال وذلك لأنه لم يخرج عن ملكه بل يقال متعلقا به
تأثير السبب كما في رد المشتري للمبيع بالعيب يعني إلى قديم الملك الزائل فإنما يحتاج إليه لإثبات بحث آخر على أن كونه في الأول حقيقة مما يمنعه الخصم ويدل
عليه أيضا قوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإنه أعقبه الرجعة التي هي المراد بالإمساك وهو الأنسب بقول المصنف وأنه
يعقب الرجعة بالنص وذلك لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل يدل على إبقاء النكاح بعد الرجعي هو المطلوب آخر وأما الثاني وهو كونه
لا يفتقر إلى النية فنقل فيه إجماع الفقهاء الأداء ولأنه لا يمنع أن يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا احتمال بعيد لإخطاره عند خطاب
المرأة به من النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المتعين وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله عن نيته يدل على ذلك فإن ترك الاستفصال في
وقائع الأحوال كالعموم في المقال ولا يخفى أن قرائن إرادة الإيقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال ما ترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة الطلاق
قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه وإذا لم ينو شيئا أصلا يقع لأنه يقع وإن نوى شيئا
آخر لما ذكرنا أنه إذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل في رواية كما سنذكر ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما
لمعناه أو النسبة إلى الغائبة كما يفيده **فرع** في نوادر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوي لا تطلق في متعلم يكتب ناقلا
من كتاب حتى قال ثم وقف كتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه لو قال لقوم بلغت ذكرا بالفارسية فقولوا
سي فقال زن من اينسه طلاق فقالوه لم يحكم بالحرمة عليهم وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيئا آخر كذا نقل من فتاوى المنصوري في
الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسي من فلان بالعربية ولم تعرف معناه وقبلت بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أو لا يعلمون صح النكاح كالطلاق
وقيل لا كالبيع يقتضي عدم الخلاف في الوقوع في مسألة الذكر وفيها في الجنس الأول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل طلاق الرجل الذي أراد
أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق وقع وفي المنتقى فقال أبو حنيفة رح لا يجوز الغلط في الطلاق وهو ما إذا أراد أن يقول سبحان الله فسبق لسانه بالطلاق
ولو كان بالعتاق يدين وقال أبو يوسف لا يجوز الغلط فيهما وفي الخلاصة أيضا قالت لزوجها اقرأ علي اعتدي أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا في القضاء لا فيما بينه

لكن اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين
في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء
ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة رح انه
يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء

وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم يتعوده. وهذا يوافق ما في المنصوري ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسئلة التلقين بالعربية والذي يظهر
من الشرع ان لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله وقوله فيمن سبق لسانه واقع اي في القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالنداء يدين بخلاف
الهازل لانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ وسنذكر في انت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع انه صريح في
الباب ثم لم يعارض ذلك قوله لا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني للفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل انه اذا قصد السبب عالما بانه سبب
رتب الشرع حكمه عليه اراده او لم يرده الا ان اراد ما يحتمله واما انه اذا لم يقصده او لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم
اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم وفسر بامرين ان يحلف على امر يظنه كما قال مع انه قاصد
للسبب عالم بحكمه فالغاه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر ان يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله بلى والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده
اليه فهذا تشريعه لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاشياء التي لم تقصد وكيف لا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه وانما لا يصدقه
غير العليم وهو القاضي وفي الحاوي معزيا الى الجامع الاصغر ان اسدا سئل عمن اراد ان يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على ايهما يقع الطلاق
فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما اما التي سماها فلانه لم يردها واما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية
عند الله واما ما روي عن نصير ان من اراد ان يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه **قوله** لكن اذا نوى الابانة اي
بالصريح يقع رجعيا لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف او سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك فيرد عليه لانه اذا استعجل ما اخره الشرع يرد كالارث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه **قوله**
ولو نوى الطلاق اي بقوله انت طالق من وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر الا ان يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله
ولو نوى به الطلاق من العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون
محتمل اللفظ وعن ابي حنيفة رح يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص فكانه قال انت متخلصة من العمل ولو صرح فقال طالق من هذا العمل
صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه يظن انه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه
قيل والمرأة كالقاضي اذا سمعته منه المرأة او شهد به عندها عدل لا يسعها ان تدينه لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر **قوله**
ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طالقا الا بالنية لانها اي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه اي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في
الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيتوقف على النية **فروع** ولو قال لها يا مطلقة بالتشديد او يا طالق وقع ولو قال اردت الشتم لم
يصدق لان النداء استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذ كان يحكيه ثابتا بذلك اللفظ بخلاف يا ابني لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال اردت
ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية ابي سليمان وهو حسن ينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقا ثم ناداها او اثابه لا تطلق
وقد روى وكيع عن ابن ابي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة بن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الظبية فقالت ما قلت شيئا فقال
هات ما اسميك فقالت سمني خلية طالق قال فانت خلية طالق فاتت عمر رض فقالت ان زوجي طلقني فجاء زوجها فقص القصة فاوجع عمر راسها وقال خذ بيدها واوجع
راسها الحديث الضحك منه هو كاذب كان هازلا في القضاء ولو قال انت طالق ولم يعينها ونسبها الى ابيها وامها واختها او ولدها او امرته بذلك الاسم والنسب

لا يكون طلاقا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا

فقال عنيت أخرى أجنبية لا يصدق في القضاء بخلاف الإقرار لفلان بن فلان إذا ادعى من ذلك اسمه ونسبه لا يلزمه إلا معطاه ويحلف ماله عليه هذا المال لأنه هو فلان
بن فلان. ولو قال هذه المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في إبطال الطلاق عن المعروفة إلا أن يشهد الشهود على نكاحها
قبل أن يتكلم بالطلاق أو على إقراره به قبل ذلك وتصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم. ولو قال امرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها باسم غير اسمها لا تطلق
امرأته إلا بالنية وعلى هذا الوصف لدائنه فقال إن خرجت من البلدة قبل أن أقضيك فامرأتي فلانة طالق باسم امرأة غيره لا تطلق إذا خرج قبله. ولو
قال لإحدى نسائه يا زينب فأجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت المجيبة ولو قال هذه زينب طلقتها هذه بالإشارة وكذلك الإقرار هذا في القضاء، أما
فيما بينه وبين الله تعالى فإنما يقع على التي قصدها ذكره في البدائع. ولو قال أنت زينب فقالت عمرة نعم فقال إذن أنت طالق لا تطلق. ولو قال عليك الطلاق
أو لك اعتبرت النية. ولو قال في حلي أنا طالق لا تطلق حتى يقول لها. ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح إحداهما فاسد فقال فلانة طالق. ولو قال عنيت
التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء. وكذا لو قال إحداكما أو إحدى امرأتي طالق ويقع بالتعيين أنت طالق. وكذا لو قيل له طلقتها فقال نعم
إذا نوى صرح بقيد النية في البدائع ولا يقع بأطلقك إلا إذا غلب في الحال. ولو قالت أنا طالق فقال نعم طلقت. ولو قال في جواب طلقني لا تطلق وإن
نوى. ولو قيل له ألست طلقتها فقال بلى طلقت. ولو قال نعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فإن أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منها إيجاب المنفي. ولو قال
عندي طلاقك فقالت أعطني اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلقتك صححها في النوازل مرة ثم أعاد ثم شرط النية وهو الحق
وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك ويقع به في القضاء ولا يصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتي تطلب
مني الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا ويصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ثم رجع إلى هذا وعليه الفتوى
ولو قال نساء أهل الدنيا أو نساء الري طوالق وهو من أهل الري لا تطلق امرأته إلا أن ينويها رواه هشام عن أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وعن محمد روايتان
ولا فرق بين ذكره لفظ جميع وعدمه في الأصح وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق ونساء أهل القرية منهم من ألحقها
بالدار ومنهم من ألحقها بالمصر. ولو قال طلاقك علي يقع. ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل تطلق رجعية نوى أو لا وقيل لا يقع وإن نوى
وقيل في قول أبي حنيفة رحمه الله يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل في قول أبي يوسف رحمه الله يقع في ذلك كله إن نوى وقيل يقع في واجب
للتعارف وفي الثلاث لا يقع وإن نوى لعدم التعارف وفي الفتاوى الكبرى للخاصي المختار أنه يقع في الكل لأن الطلاق لا يكون واجبا أو ثابتا بل حكمه فكأنه يجب ولا يثبت
إلا بعد الوقوع فتعرف بينه وبين الشاق وهذا يفيد أن ثبوته اقتضاء ولا يتوقف على نيته إلا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما
بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا فإنه قد يقال هذا الأمر علي واجب بمعنى ينبغي أن أفعله لا أني فعلته فكأنه قال ينبغي أن أطلقك قد تعورف في عرفنا
في الحلف الطلاق يلزمني لا أفعل كذا يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجري عليهم لأنه صار بمنزلة قوله إن فعلت فأنت طالق وكذا تعارف أهل
الأرياف الحلف بقوله علي الطلاق لا أفعل. ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لأنه ترخيم وهو غلط إذ الترخيم اختيارا في النداء وفي غيره إنما يقع اضطرارا في الشعر
ولو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث إن نوى لأنه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم أنو لا يصدق إذا كان في حال مذاكرة الطلاق لأنه لا يحتمل الرد وإلا صدق
ومثلها بالفارسية توبسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصفار. ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة وغير مطلقة فإن عنى به الطلاق وقع وإلا
فلا ولو نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عنده عدم كونها مطلقة لأجل فلانة لأن أصل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما إذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته

قال ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لأنه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا

ولو قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وإن نوى ثلاثا فثلاث

فقال لها ذلك فإنه يقع وإن لم ينو وكذا لو قال أنت أزنى من فلانة لا يحد لأنه ليس صريحا في القذف وعن محمد رحمه الله فيمن قال لامرأته كوني طالقا أو اطلقي يقع لأن قوله كوني ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن إثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس أمرا بل كناية عن التكوين وكينونتها طالقا تقتضي بقاءها قبل فيتضمن إيقاعا سابقا وكذا قوله اطلقي ومثله لامرأته كوني حرة **قوله** ولا يقع به أي بالصريح المقيد بالألفاظ المتقدمة أنت طالق ومطلقة وطلقتك إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك لأن الصريح مطلقا إن كان منه المصدر يقع به الثلاث بالنية وقال الشافعي ويقع ما نوى وهو قول الأئمة الثلاثة وزفر وقول لأبي حنيفة رحمه الله الأول ثم رجع عنه ووجه قول الجمهور أنه نوى محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر الطلاق لأن الوصف كاسم جزء مفهومه المصدر وهو محتمله لغة ولهذا أي ولأن ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير صح قران العدد به تفسيرا حتى ينتصب على التمييز وحاصل التمييز ليس إلا تعيين أحد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتي البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت إلا واحدة فقال والله ما أردت إلا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه وأجيب بأنه إنما صح نية الثلاث في قوله أنت البتة لأنه كناية ففي الصريح إلا نوى [illegible] **قوله** ولنا أنه نعت فرد قيل غير مستقيم لأن الكلام ليس في المرأة الموصوفة إنما تحتمل العدد على الطلاق باعتبار ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته وتحرير التقرير أن أنت طالق إذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وشرعا بانطلاق عن قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن أن الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فإما أن يكون أثبته اقتضاء تصحيحا للإخبار فلا يتجاوز الواحدة إذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك أو نقله من الإخبار إلى الإنشاء وهو خلاف الأصل لا يصار إليه إلا بموجب نقل وهو منتف لأن جعله موقعا لا يستلزم نقله لأن بإثباته اقتضاء يحصل المقصود ويندفع به القطع بتخلف الخبر اللازم للإخبار فلا يلزم من أنت طالق قطع احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل ينبغي [illegible] من جهة الإنشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن أن يقال إنه بعد تسليم النقل من الشرع جعله موقعا واحدة فلزم أنه إنما نقله إلى إنشاء إيقاع الواحدة فجعله إنشاء استعمال في غير المنقول إليه إلا أن ينقل أن الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به وملاحظة أنه يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم إنما يتفرع عن إرادة المعنى ونقله إلى الإنشاء يلزمه أنه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على أن المصدر الذي دل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد وإنما يختلف بالكيفية وهي بالعقبة الرجعة وعدمها إلا في الكمية وبها يتحقق كلامهم هنا وفي البائن حيث جعل المصدر بعد إنشاء حيث قال لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعا فقد جعلت للإنشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة إرادة الثلاث في مطلقة [illegible] لأنه صار إنشاء في الواحدة فجعل ما يتضمنه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد في نحو ثلاثا لا يكون إلا صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره أي طلاقا أي تطليقا ثلاثا كما ينتصب بالفعل مصدر غيره مثل أنبتكم من الأرض نباتا أو بفعل مقدر على الخلاف فيه بخلاف طلقتك وطلقي نفسك لأن المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح إرادته منه لأنه الفعل فيه إلى الإيقاع واحدة هذا وتنقض بطالق طلاقا فإنه يصح إرادة الثلاث على إرادة ثلاث طلقات به بل بالمصدر طلاقا فإن طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فيصح أن يراد به الثلاث على إرادة التطليق معمولا للفعل محذوف تقديره طالق لأني طلقتك تطليقا ثلاثا مثلا يقال إنه يريد إرادة الثلاث بأنت طالق وهو صفة المرأة والجواب أنه إذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطليق فيصح فيه الثلاث وتعقب بأنه لم لا يجوز في طالق عند إرادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليك التطليق وهو المعنى المصدري فيه ثم بأنه لو أريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك لكان يراد باسم الفاعل اسم المفعول وهو منتف فإن قلت ظاهر ما ذكرت أنه لو صح أن يراد باسم المفعول

لا التطليق

والوقوع باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى اما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما

صحت ارادة الثلث والغرض ان صريح اسم المفعول كانت طالق لا تقبل نية الثلث فكيف بما هو دونه والجواب ان الذي يقبلها هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ما قررنا الجواب به والذي يراد بطالق ليس للانشاء فتأمل ويدل على انه اراد بطالق الثلث حديث ابن عمر رضي الله عنه في الصحيحين انه طلق امرأته في الحيض فلم يستفسره النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلث بطالق لاستفسره ويدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد في سنن ابي داود انه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم ما اردت قال واحدة فقال آلله ما اردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يمضي حكم المحتمل حتى يستفسر عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل بحقائقها الا انها يراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يستكمله كما لم يسئل ابن عمر رضي الله عنه ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسئل وانما احتملت حقائقها معنى من البينونة التي تتقيد والبتة مثلا كلا من نوعيها الغليظة المترتبة على الثلث والخفيفة المترتبة على ما دونها فصح ان يراد كل من النوعين بخلافه اذا لم يكن له نية تثبت الاخف للتيقن **قوله** ووقوع الطلاق باللفظة الثانية يعني طالق الطلاق والثالثة يعني طالق طلاقا وباقي الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلث بطالق طلاقا ان لم يكن بالمصدر فيلغو طالق في حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان الواقع هو العدد والا اشكل فانه ح يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان اخريان فتبين بالثلث لما عرف هذا يقوي المروي عن ابي حنيفة رح انه لا يقع به الا واحدة وان نوى ثلثا ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية اذ لم يذكر الا في المنكر **قوله** اما وقوعه باللفظة الاولى هي الطلاق فان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار كقوله انت طالق ويرد انه اذا اريد به طالق يلزم ان لا تصح فيه نية الثلث وسنذكر جوابه **قوله** لا يحتاج فيه الى النية اي في انت الطلاق الى نية لانه صريح في غلبة الاستعمال المنقول عن الشافعية ان التعليق بالمصدر كناية لانه لم يغلب استعماله فيه قول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذي غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا في طالق الصريح فيثبت له حكم طالق ولا يقال فيلزم في سائر الكنايات انها صرائح لانا نمنع انها استعملت في الطلاق بل في معانيها الحقيقية على ما سنحقق ان شاء الله تعالى فيما بعد الباب الآتي فان قيل فكيف يقع الثلث وقد اريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح في طالق يحتمل ان يراد على حذف مضاف اي ذات طلاق وسمي بالمصدر فصح تصح ارادة الثلث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا الوجه ان شاء الله تعالى اوجه مما قيل انه وان اريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا ذاته التي هي هواء مصوت فاذا فرض ان معناه الذي يراد به ليس الا ما لا يصح ارادته منه فكيف يراد به ذلك الذي لا يصح ويمكن ان يراد بها ما عين الطلاق وحيا فتقع معه ايضا ارادة الثلث وعليه قول الخنساء فانما هي اقبال وادبار يعني الناقة لا على ان المراد مقبلة مدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا يصح خلافا لزفر والائمة الثلاثة الا ان تكون المرأة امة لهم ان المصدر يحتمل القليل والكثير والثنتان كالثلث قلنا نية الثلث لم يصح باعتبار انه كثرة بل باعتبار انها فرد حكمي انه عام جنس واحد بخلاف الثنتين في الحرة لانه عدد محض والفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية والجنسية والمثنى بمعزل عنهما وقد ذكر الطحاوي انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة واما المحلى فيقع به الثلث قال الجصاص هذه التفرقة لا يعرف لها وجه الا على الرواية التي رويت عن ابي حنيفة رح في انت طالق طلاقا انه تكون واحدة وان نوى ثلثا لان المصدر ذكر للتاكيد ونفي المجاز لا للايقاع اما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق ح وفي المغني لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب ليلة الى ابي يوسف ما قول القاضي الامام فيمن قال المرتسم فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن * وان تخرقي يا هند فالخرق اشأم * فانت طلاق والطلاق عزيمة * ثلث ومن يخرق اعق واظلم

رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وبهذه الحالة يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج ان يركبن السروج وضعفوه والشق لعن الله ذوات الفروج على السروج فكون لفظ الفرج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل **قوله** رأس القوم اي كبيرهم ويا وجه العرب يعني يا وجيههم وبه يندفع ما اورد ان الاستدلال به فاسد لان سلمنا ان القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا ان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل يعني يا وجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لانه عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم الاستدلال به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا ايها العرب انتهى ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم البعض فاثبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لعلوه وشهرته فاطلق عليه رأس القوم ووجههم اي اشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك اي ذاته الكريمة واعتق راسا من الرقيق وانا بخير ما دام رأسك سالما يقال مرادا به الذات ايضا **قوله** ومن هذا القبيل الدم يعني في رواية يطلق ويراد به الكل هي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح وفي رواية كتاب العتق لا يصح فانه قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع **قوله** وكذلك ان طلق جزءا شائعا يعني يقع عليها كنصفها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة **قوله** لو قال يدك طالق او رجلك هذا يقابل معنى الاول اي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من اسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر او آلى او اعتق اصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من اسباب الحل كالنكاح لا تصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف **قوله** لهما حاصله قياس مركب نتيجة الاول انه اي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فيجعل صغرى ويقال لهما ما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي ... فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وبنا على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت يمينها ثم دخلت ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع **قوله** ولنا انه حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الخروج والبروز الى ... تسليمها نفسها وعن كان تخصيصها به هو حكم النكاح او لانه يثبت حل تمتعه بها حكما بهذا الحكم والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون رافعا لما ثبت من ذلك ويرتفع الحل تبعا له كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من اجزاء المرأة لان الخطاب بالنكاح لا يتعلق بالاجزاء الا بل يسمى المخاطب المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد والاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في ذلك فلا يتعلق بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد ان يقال لا يقع لكن ينبغي ان يكون ذلك بستي فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبتها لما اثر دعوى قالوا

واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلث تطليقة كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف تكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فتتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلثا

قوله كذلك بما قدمت يداك اي قدمت وعناه صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما اخذت حتى ترد وتعارف قوم التعبير بها من الكل وقع بالاضافة اليها لان الطلاق مبني على العرف كذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ولا مناقشة في هذا انما الخلاف في ان ذلك بطريق كون محل الاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل فاما على مجازه في الكل لا اشكال انه يقع ديانة او وجه ابعد كونه مستقيما لغة والله اعلم **قوله** واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن ولهذا لو قال ظهرك علي او بطنك كظهر امي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى الظهر مقحم فيه اما لو كان فيهما عرف في ارادة الكل بهما ينبغي ان يقع ولذا لا يقع بالاضافة الى البضع وما في بعض النسخ لو قال لبضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلواني تصحيف انما هو بضعك او نصفك وفي الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندي فيه نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس هذا كذلك لان البضع بمعنى الفرج ايضا ويقع في الفرج دون البضع بجواز تعارف احدهما في الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك هذا ولان حقيقة الكلام ان يقال يقع بالاضافة الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا يتصور التعبير به هذا وقد يقال على المسئلة ان كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب ان لا يقع بالاضافة الى الفرج او وقوع استعماله من بعض اهل اللسان فيجب ان لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه وايضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذ لم يشترط في الوقوع به النية او الصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك **قوله** وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت تطليقة وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن او قال جزء من الف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لا يقع به لان بعض الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفى ان المراد لغيره ما ليس اياه والا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسه ولا غيره والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل وتصرفه ما امكن ولهذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه كله لما لم يكن المذكور لا يتجزى كان ذكره كذكر كله تصحيحا للعفو **قوله** ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة وقيل ينبغي ان لا تقع الثالثة لان في ايقاعها شكا لان ثلثة انصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان التطليقتين اذا نصفتا صارتا اربعة انصاف فثلثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفا طلقتين بنصفي كل من طلقتين والثاني هو الموجب للاربعة الانصاف وهو احتمال في ثلثة انصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين **قوله** ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي والعتابي وعن مشائخه لو قال نصفي تطليقة تقع واحدة وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا والثلث كالجمع اختصار المتعاطفات فكانه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة اذ ليس للشيء الا نصفان فيقع ثنتان اتجه ان نصفها ونصفها اجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلث لان النكرة اذا اعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فاوقع عن كل

ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة وان قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رحمه الله في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

تطليقة جزء ولو زاد جزء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من عدم على هذا لو قيل يقع ثلث اذا قال نصف طلقة وثلثها وسبعها فما بعد لان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت اجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه اضاف الاجزاء الى واحدة نص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشايخ ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بينكن تطليقتان او ثلث او اربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات طلقت كل تطليقتين وكذا ما زاد الى ثمان فان زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال اشركتكن في ثلث تطليقات فلفظ بين ولفظ الاشتراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة اشركتك فيما اوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلثا ثم قال لاخرى اشركتك فيما اوقعت عليها من الطلاق وقع على الاخرى ثلث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شئ فيثبت الثلث بينهن نصفين قسمة واحدة وهنا قد اوقع الثلث على الاولى فلا يمكنه ان يرفع شيئا مما اوقع عليها باشتراك الثانية ولا يمكنه ان يسوي الثانية بها الا بايقاع الثلث عليها ولانه لما اوقع الثلث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشراك في كل واحدة من الثلث فكانه قال بينكما ثلث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما فقد يريد الاستثناء فيمن قال لزوجته انت طالق ثلثا وقال لاخرى اشركتك فيما اوقعت عليها والثانية اشركتك فيما اوقعت عليهما فعندنا ان كتبنا تطلق الثلث ثم الثانية ان وقوعها على الثالثة باعتبار انه اشركها في ست من المبسوط ايضا لو قال لامرأتين انتما طالقتان ثلثا ينوي ان الثلث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلثا وكذا لو قال لاربع انتن طوالق ثلثا ينوي ان الثلث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلثا **قوله** انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا التفصيل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاولى وهي قوله من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث يقع ثلث وقال زفر رحمه الله في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين اولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى ما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلثا ثم قال المصنف في قول زفر رحمه الله وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وتمامه ان زفر رحمه الله لا يدخل الحدين لا الاول ولا الثاني والعرف ان يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخول الى وحتى لانها المنتهى فوجه ما ذكر باستعمال الغاية في الحد اي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو المبيع مثلا ولا يدخل الحدان فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه ابي حنيفة رحمه الله حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر رحمه الله انما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للاصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل انت طالق ما بين واحدة الى ثلث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلث لان الغاية لا تدخل تحت المغيا فقال له ما تقول في قول الرجل كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ان يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل اعمال اليمين انه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا اصل القياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى ابي حنيفة ما نسب الى الاصمعي عنه انه قال له

وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رح ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكراه والاصل في الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان يكون موجودة لترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان المبيع موجود قبل البيع

لالزام لكم سنك وقال الزفر ما بين ستين الى سبعين فقال ابو حنيفة سنك اذا تسع سنين وهذا البعيد اذ يبعد ان يجيب فيما بين واحدة الى ثلث ونحو ذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون ان يقول خمس وستين ونحوه مع قصد ورود الالزام والا فقد احتج جوابه فلم يكن بحيث ينقطع على انه روي انه قال عند الزام الاصمعي استحسن في مثل هذا والذي يتبادر في وجه الاستحسان في قول الرجل سني ما بين الستين الى السبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل وما عرف في الطلاق اذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فبقي على ظاهره وقد قيل من طرفه عليه وهو ان ما بين العددين المذكورين اكثر من ستين فكيف تكون تسعة وهذا بناء على ان ما بين ستين وسبعين احد وستون ومثلها ستون الى تسع وستين لا واحد الى تسعة وانما يصح الالزام بتسعة الحد الاول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صحيح فيه والا وجه ما ذكرناه والله اعلم **قوله** وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كقول الرجل خذ من مالي من عشرة الى مائة وبع عبدي بما من مائة الى الف وكل من الملح الى الحلو اي الحامض المالحة والمتوسطة واكل الحلوا **قوله** ولابي حنيفة رح ان المراد في العرف والاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا يخفى ان المراد ان ذلك انما هو اذا كان بين الحدين تخلل فانه لا يتحقق في نحو من درهم الى درهمين ارادة مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ففي نحو طالق من واحدة الى ثنتين ينتفي ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا يعترض بانه لا يتاتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا ما يصدق عليه ولم يدع انه خاص به غيره ولعيرض بانه لم يصدق مع عدم تخلل مع انه مسوق لنفي قولهما يحمل الكل والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قول زفر رح الا انه الطلقاتيه وابو حنيفة يقول انما وقع لذلك فيما مرجعه الاباحة كالمثل المذكور اما ما اصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان الغاية الاولى لا بد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلث اذ لا ثانية بلا اولى ووجود الطلاق عين وقوعه بخلاف الغاية الثانية في صورة ايقاعها وهي ثلث في هذه الصورة فانه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة اما في صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها لانه انما دخلت ضرورة ايقاع الثانية بلا ثالثة وهو منتف والايقاع بالواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يلغى فيقع بطالق وهذا كما صح في قوله من واحدة الى واحدة فانه يقع واحدة عند زفر رح خلافا لما قيل لا يقع عنده شيء لعدم التخلل ووجه بانه يلغو قوله من واحدة الى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ للغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة كذا هنا يجب ان يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة واورد لو قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة اجيب بان ثانية يلغو فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله هنا من واحدة الى ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الثانية فلا يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى فان قيل لفظ ما بين هنا وهذا يستدعي وجود الامرين وجودهما او توهمهما فيقع الثلث الجواب ان ذلك في المحسوسات اما ما نحن فيه من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا ففي من الستين الى السبعين يصدق اذا لم يبلغ السبعين بل نظيره ولم يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك لقصد بقي ان يقال هذا ان انتهض عليهما لا ينتهض على زفر لما تقدم انه يقال من طرف العرف في الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان من ما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل من حيث هي ما بين الواحدة والثلث فلا يحتاج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلث وانما يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق فيجب اعتبار مدلوله لفظه وهي توجب الادخال ما بين الحدين ولا يخص الا بادة ما ساق العرف افادة وان عد يراد به ذلك في استعماله وقع وقد الجيب منه زفر رح **قوله** بخلاف البيع جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا الحائط الى هذا الحائط بالفرق بان الطليقة الثانية واقعة لا وجود لها

ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رح تقع
ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد رح ولنا أن عمل الضرب أثره في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث لأنه يحتمله
فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وإن نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لأن كلمة في تأتي
بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لأن الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في
اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رح ثلاث لأن قضيته أن يكون أربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على
ما بيناه ولو قال أنت طالق من ههنا إلى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رح هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول

إلا بوقوع الأولى فوقعت ضرورة بخلاف الغاية في البيع لم تدع ضرورة إلى إدخالها في المبيع فبقيت الغايتان خارجتين واعلم أن الاستدلال على الأقوال الثلاثة ليس إلا بمقتضى اللفظ ومسألة البيع لا تمس إذ أن اللفظ لم يترك ظاهره فتحقق الفرق على قول أبي حنيفة أن العرف فيما إرادة الأكثر من الأقل إلى آخره فيقتضي من واحدة إلى ثلاث وقوع ثنتين لأنهما الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فلزم وقوع الأولى بخلاف بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط إذ لا يتعارف ما وقع في الأعداد نحو ما بين الستين إلى السبعين وما بين ستين إلى سبعين ونحوه فيقتضي اللفظ في غيره على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال أن ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقول الإمام فإن العرف أحق إلا أن قضيته عدم وقوع الثانية **فروع** لو قال من واحدة إلى عشرة تقع ثنتان عند أبي حنيفة رح وقيل يقع ثلاث لأن اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بألف وطلقها ثلاثا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلث وقعت واحدة نقل عن أبي يوسف رح بخلاف ما إذا كان غاية وكذا يجب عند الكل إلا أن كان فيه العرف الكائن في الغاية **قوله** ولو نوى واحدة أي في من واحدة إلى ثلث وفي ما بين واحدة إلى ثلث إذا كان فيه حرف الغاية **قوله** لأنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه

قوله ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب عالما بعرف الحساب فهي واحدة فكذا إذا لم تكن له نية أصلا أن تقع واحدة وقال زفر رح والحسن بن زياد تقع ثنتان وهو قول مالك والشافعي في وجه إذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب لو كان ما يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال أحمد وعندنا تقع واحدة بكل حال وجه قول زفر أن عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر فقوله واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين في مرة وثنتين في ثنتين ثنتين مرتين فكأنه قال طالق أربعا فيقع الثلاث فالإلزام بأنه لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا لا معنى له أصلا لأن ضربه درهمه مثلا في مائة ألف إن كان على معنى الأخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب وإن كان على الإنشاء كجعلته في مائة لا يمكن لأنه لا يحصل بقوله ذلك ما ينويه فليس ذلك الكلام بشيء **قوله** أثره في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب أي في زيادة العدد والطلقة الواحدة لو جعل لها أجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى أن هذا لا معنى له بعد قولنا إن عرف الحساب في التركيب اللفظي كون أحد العددين مضعفا بعدد الآخر فإن العرف لا يمنع والغرض أنه تكلم بعرفهم وأراده فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها

قوله فإن نوى واحدة وثنتين بقوله واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لأنه يحتمله فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها أنت طالق واحدة وثنتين وإن نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها كما قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين وإرادة معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي وفي الكشاف أن المراد في جملة عبادي وقيل في أجساد عبادي ويؤيده قراءة في عبدي فهي على حقيقتها على هذا ولا يخفى أن تأويلها مع عبادي ينبو [illegible] لما علم ليس إلا في الجنة [illegible] ذلك نحو قوله تعالى وتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة ومن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الإقرار بأن قال له على عشرة في عشرة [illegible] أي مجموع الحاصل على الاصطلاح [illegible] الواو أو معنى الظرف لغا ولم يلزم إلا المذكور أولا [illegible] في ثنتين واحدة في ثنتين ثنتان [illegible] أن الطلاق لا يصلح حقيقة للظرف فيلغو الثاني **قوله** ولو قال أنت طالق من ههنا إلى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول [illegible] لو قال أنت طالق طلقة طويلة [illegible] كانت رجعية [illegible]

قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقارنة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

فيقع به الرجعي وكناية فيقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية ابلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد لانه ابلغ من جواد ولانه اثبات الجود له ببينة اعني كثرة الرماد وانه قليل على مذهبنا الا انه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول لو وصفه بالطول صريحا بان قال طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بل اولى لما قلنا وقد فصل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكوة مع ان الزكوة لا تسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك الا ان عنه في المسألة روايتين كما عرف في الكافي لان بعض المشائخ قال في دليله لانه وصفه بالطول لو قال انت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز ان لا تحصل البينونة عنده باحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكانه قال كالجبل لكن يقتضي هذا ان لا يقتصر على قوله الا وصفها بالطول بل يقول بالطول والعرض **قوله** قلنا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا وفي السموات ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو الرجعي وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدّه الى مكان ثم هو لا يحتمل في ذلك اصلا فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة وشدة فلا بينونة وقال التمرتاشي اذا انما مد المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال والا يصلح صاحب الحال في التركيب الا الضمير في طالق **قوله** ولو قال انت طالق بمكة او في مكة طلقت في الحال وكذا في الدار وان لم تكن في مكة ولا الدار وكذا في الظل والشمس والثوب كالمكان ولو قال طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان قال عنيت اذا لبست او اذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة او في مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء **قوله** لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان المعنى ان الطلاق لا يتصور ان يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق هو المعنى رفع القيد الشرعي معدوم في الحال فقد جعل الشارع لمن له التماس التخلص بلفظ وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود امر معلوم حتى اذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى هو رفع القيد ومنها شرعيا الا زمانا عقليا او الزمان او الافعال بما انها ليس كذلك لان كلا منهما معدوم في الحال ثم يوجد او عدم بعد فتعينا تعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فانه لا يتصور الا ناطقه به ولو اناطه به قبل وجوده فانما طلق انما هو وجوده او فعل الفاعل له فكان الصالح للتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان في الاضافة والتعليق يكون مستقبلا اما الحال فانما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق لا المعلق والا اصابه الامر خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير انت طالق فيقع به في الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان يوجد بوجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك في اشياء الشرع لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا ممكن اعتباره شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** ولو قال في دخولك الدار او مكة تعلق بالفعل اي بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف للشرط للمقارنة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فحمل عليه عند تعذر معناه اعني الظرف وكذا اذا قال في لبسك او في ذهابك وقد عينا وجه صلاحية الفعل لذلك ثم لا فرق بين كون ما يقوم به فعلا اختياريا او غيره حتى لو قال في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ذكر في باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع اي باب الايقاع على الصحة الى مضاف وموصوف

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله وكان مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين

وشيئية وغيره معلق بدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجد ما ترتب على العلم باحوال شتى او اشياء من جهة خاصة وضعه ليبحث عن احواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفا وقيل لواضع صنف العلم اي جعله صنفا كالواضع للعلم الاول باسم المصنف من المؤلفين وان صح تشبيها فيهم وعلم بما ذكرنا انها متباينة كلها لانها تحت صنف على التباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ما ذكر من نحو كتاب الحوالة الاليق به خلاف تسميته بكتاب **قوله** ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد لان جميعه هو المسمى بالغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله سبحانه لا في القضاء لانه خلاف الظاهر وقوله لانه نوى التخصيص في العموم تنزيل للاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غد نكرة في الاثبات فتخص فليس من صيغ العموم **قوله** لو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يقع في اول الوقتين تفوه به اما الاول فلانه نجزه فلا يرجع متأخرا الى وقت في المستقبل وما ورد عليه من انه لم يعتبر لاضافة اخرى والاضافة من المنجز والجواب ان اعتبار كلامه ابقاء للحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة الى اخرى تحتاج لاجلها الى وقوع اخرى فانها اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت بالعطف بان قال انت طالق اليوم وغدا او اول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لانها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم واول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله انت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الاول بالآخر فلم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز فظهر انه مضاف لانه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فبقي قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بان طالق اليوم ايقاع في الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار احدهما للتنافي واعتبار المعلق اولى لان في اعتباره الغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم وفي اعتبار المنجز الغاء كلمات وهي قوله اذا جاء غد لانه لم يتبع الفرق في الجوابين بانه توقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال المغير الشرطي ولم يتوقف وكان تنجيزا مع اتصال المغير الاضافي فان قيل لم لم يجعل الثاني ناسخا اجيب بان النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول ثبوته ووقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك بتأخيره واما الثاني وهو قوله طالق غدا اليوم فلانه وقع مستقبلا مضافا وبعد ما وقع مضافا الى غد لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطليقة اخرى وانما وصفها بتطليقة واحدة لانها لزمت اضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثاني ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مبتدإ في نفسه متراخ وهو منتف هنا فان قلت فما وجه المسألة اذا توسطت الواو فالجواب انه اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق اول النهار وآخره او اليوم وغدا او في ليلك ونهارك ونحوه في الليل او قلبه وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها في اول الوقتين تكون طالقا في آخرهما ولو نوى ان يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا او بعد غد يقع واحدة بائنة فان نوى ثلاثا متفرقة على الايام وقعن كذلك وان قدم المتأخر كطالق غدا واليوم او في نهارك وليلك وهو في الليل او قلبه وهو في النهار فعن زفر وكذلك يقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا فيهما والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقديره في الاول كما بعد باضمار العامل انت طالق

ولو قال انت طالق فی غد وقال نویت آخر النهار دین فی القضاء عند ابی حنیفة رح وقالا لا یدین فی القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق فی جمیع الغد فصار بمنزلة قوله غدا علی ما بینا ولهذا یقع فی اول جزء منه عند عدم النیة وهذا لان حذف فی واثباته سواء لانه ظرف فی الحالین ولابی حنیفة رح انه نوی حقیقة کلامه لان کلمة فی للظرف والظرفیة لا تقتضی الاستیعاب وتعین الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عین آخر النهار کان التعیین القصدی اولی بالاعتبار من الضروری بخلاف قوله غدا لانه یقتضی الاستیعاب حیث وصفها بهذه الصفة مضافا الی جمیع الغد نظیره اذا قال والله لاصومن عمری ونظیر الاول والله لاصومن فی عمری وعلی هذا الدهر وفی الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها الیوم لم یقع شیء لانه اسنده الی حالة معهودة منافیة لمالکیة الطلاق فیلغو کما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه یمکن تصحیحه اخبارا عن عدم النکاح او عن کونها مطلقة بتطلیق غیره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الی حالة منافیة ولا یمکن تصحیحه اخبارا ایضا فکان انشاء والانشاء فی الماضی انشاء فی الحال فیقع الساعة

غدا او انت طالق الیوم وقد نقل الخلاف بیننا وبین زفر رح فیما لو قال انت طالق کل یوم فعند زفر رح یقع ثلث فی ثلثة ایام لانه موقع فی کل یوم قلنا الازم وهو کونها طالقا فی کل یوم یحصل بایقاعه فی هذا الیوم فقط غیر متوقف علی اعتباره موقعا کل یوم ولا یخفی ان نقل هذا الخلاف مع الروایة فی طالق غدا او الیوم تقع واحدة مشکل لان کل یوم اما ان یتعین الیوم او غدا او بعد غد الی آخر الزمان فتقع واحدة او کلیه غدا او بعده والیوم فکذلک وکذا لو قال انت طالق ابدا لم تطلق الا واحدة فلو نوی ان تطلق کل یوم تطلیقة اخری صحت نیته وفی هذه المسئلة ما قدمناه من البحث اول کتاب الطلاق فی مسئلة انت طالق للسنة وحاصل ما یقع به جواب ما قدمناه ان صحة نیة الثلث انما باعتبار اضمار التعلیق کانه قال طالق کل یوم تطلیقة او بما فی کانه قال فی کل یوم ولو قال فی کل یوم طلقت ثلثا فی کل یوم واحدة وهو بالقیاس علیه فرق زفر رح فرقا بان فی للظرف والزمان انما هو ظرف من حیث الوقوع فیلزم من کون کل یوم فیه وقوع تعدد الواقع بخلاف کون کل یوم فیه الاتصاف بالواقع **قوله** لو قال انت طالق فی غد وقال نویت آخر النهار صدق فی القضاء عند ابی حنیفة رح وقالا لا یصدق فی القضاء خاصة ویصدق فیما بینه وبین الله تعالی لهما انه وصفها بالطلاق فی جمیع الغد فصار کقوله طالق غدا وفیه لا یصدق فی نیة آخره ولهذا ای ولانه وصفها بالطلاق فی جمیع الغد یقع فی اول جزء منه اتفاقا عند عدم النیة وهذا وهو کونه وصفها بالطلاق فی جمیع الغد وغیره بمنزلة غدا لان حذف لفظة فی مع ارادتها واثباتها سواء فاذا کان فی حذفها یفید عموم الزمان ففی اثباتها کذلک ولابی حنیفة رح ان ذکر لفظة فی یفید وصل متعلقها بجزء من مدخولها اعم من کونه متصلا بجزء آخر او کلا او لا وانما یعرف خصوص احدهما من خارج کما فی صمت فی یوم یعرف الشمول للکل فی یوم یعرف عدمه لا مدلول اللفظ فاذا نوی جزءا من الزمان خاصا فقد نوی حقیقة کلامه لان ذلک الجزء من افراد المتواطی بخلاف ما اذا لم یذکر موصل الفعل الیه بنفسه فان المتبادر عرفا للقطع من اللغة بفهم الاستیعاب فی سرت فرسخا وعدمه فی سرت فی فرسخ وصمت عمری فی عمری فنیة جزء معین فیه خلاف الظاهر فلا یصدق قضاء **قوله** ولو قال انت طالق امس او فی الشهر الذی خرج وقد تزوجها الیوم لم یقع شیء باجماع الفقهاء لانه اسند الطلاق الی حالة معهودة منافیة لمالکیة الطلاق فیلغو فکان حاصله انکار الطلاق فیلغو فکان کقوله انت طالق قبل ان اخلق ولانه حین تعذر تصحیحه انشاء امکن تصحیحه اخبارا عن عدم النکاح ای طالق امس من قید النکاح اذ لم تکن بعد او عن طلاق زوج کان لها ان کان بخلاف ما لو قال للمنیة انت طالق انت طالق حیث یقع ثنتان لان الظاهر فی الترکیب لفظ الایقاع والانشاء فلا یعدل عنه الا لتعذره والصارف عنه الی محتمله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلیة بعد الطلقة الاولی الا بعد والقید بعد زواله الثبوت العدة کقوله طائفة من المشائخ او لبقایه متوقفا الی انقضاء العدة کقول المحققین ویشهد لهم انه اذا قال کل امرأة لی طالق یقع علی المطلقة الرجعیة اخری لایقاع ذلک لقیام العدة بعد والقید لانه لا یقع علی المبانة مع قیام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأته هذه طالق هذه طالق حیث یقع واحدة ویحمل علی الاخبار ثانیا او التاکید الا ان یقصد التجدید لان الاثم علی المنکر لیس غالبا ولا الداعی الی تکثیر الطلقات من اللجاج والبغضاء بحیث لا یقنع الزوج بواحدة موجودا فیه لان تحقق ذلک فی المنیة لا فی المنکرة ولو کان تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الی حالة منافیة ولا یمکن تصحیحه اخبارا لکذبه وعدم قدرته علی الاسناد فکان انشاء فی الحال فیقع الساعة وعلی هذه النکتة حکم بعض المتاخرین من مشایخنا فی مسئلة الدور المنقولة عن متاخری الشافعیة وهی ان طلقتک فانت طالق قبله ثلثا وحکم اکثرهم انما لا تطلق تنجیزا طلاقها لانه لو تنجیز وقع المعلق قبله ثلثا ووقوع الثلث سابقا علی التنجیز یمنع التنجیز فیمنع وقوع المنجز والمعلق لان الایقاع فی الماضی ایقاع فی الحال فنقول ایضا ان هذا تغییر لحکم اللغة لان الاجزیة تتنزل بعد الشرط او معه لا قبله وحکم العقل ایضا لان مدخول اداة الشرط سبب والجزاء مسبب

وعند ابى حنيفة رحمه الله انه يستعمل فى الشرط ايضا قال قائلهم شعر واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط لم تطلق فى الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار فى يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع فى الحال ولو نوى الشرط يقع فى آخر العمر لان اللفظ يحتملهما

لان كلمة اذا للوقت كما فى قوله تعالى اذا الشمس كورت قال قائلهم وهو ابن عمرو جرى بن جسرة شعر واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب يعنى جندب اخاه الصغير وما قيل انه لعنترة الحسنى فخطأ عند اهل المعرفة بالشان لاستغاثة من ديوانه ولم يعرف لعنترة اخ اسمه جندب اصلا وانما له اخ من امه اسمه شيبوب ثم لم يكن امه بحيث لو اكل اياه شدا داميشا لا نها ابعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقيل البيت المذكور هل فى القصيدة اذا استنبتم واستنجم فالى البعيد الاجنب * واذا الشدائد بالشدائد من اجلا تحكم فانا الحبيب الاقرب * واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب * هذا وجدكم الصغار بعينه * لا ام لى ان كان ذاك ولا اب * عجب لتلك قضية واقامتى فيكم على تلك القضية اعجب * واعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثانى ادعى ويدعى وايضا تنظيره لما نحن فيه غير صحيح لانها لا تتمحض للوقت ابدا وجوابها مبنيان على ان قوله للوقت يعنى المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبها عليه بل المنقول لهما انه لا يسقط عنها معنى الوقت فى المجازات فاورد الشاهدين لها للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لهما حاجة ان يبينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتهما فى اثبات الاجماع ليكون دفعا لما هو القول الكوفيين **قوله** ولابى حنيفة رحمه الله انها تستعمل للشرط ايضا يعنى الشرط المجرد من معنى الظرفية والا لا يفيد وهذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله واذا تصبك خصاصة فتجمل حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف على حد سواء واما على انها مجاز عنده فى الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فيه وبهذا قيل هلا صدقه القاضى فى دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق بين هذه وبين مسئلة الحلف على ان لا اشرب من دجلة حيث صرفناه الى الشرب بالآنية وذكرنا ان المجاز هناك غالب احتاج ابو حنيفة الى الفرق لانه جزم هناك بانها بالمعنى الحقيقى لا بينها وفرق بان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه اعم من ذلك ومن الشرب بغيره فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك اى للتيقن بحكمه بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضى الوقوع فى الحال وهو مناف لحكم المجاز وانت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كما قلنا فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع واما كونها مجازا فى جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل فى احاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى يساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا اراد معنى الشرط ان لا يصدقه القاضى بل يصح ديانة لان الوجه عندهما انه ظاهر فى الظرف مرادة خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء والبيت المذكور له قاله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصى جبيلا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح اولها اجبيل ان اباك كارب يومه * فاذا دعيت الى المكارم فاعجل * اوصيك ايصاء امرئ لك ناصح * طبن بريب الدهر غير مغفل * الله فاتقه واوف بنذره * واذا حلفت مماريا فتحلل * والضيف اكرمه فان مبيته حق ولا تك لعنة للنزل * واعلم بان الضيف مخبر اهله * بمبيت ليلته وان لم يسأل * ودع القوارض للصديق وغيره * كيلا يروك من اللئام العزل * وصل المواصل ما صفا لك وده * واحذر حبال الخائن المتبدل * واترك محل السوء لا تحلل به * واذا نبا بك منزل فتحول * دار الهوان لمن رآها داره * افراحل عنها كمن لم يرحل * واذا هممت بامر شر فاتئد * واذا هممت بامر خير فاعجل * واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل * واذا اتتك من العدو قوارص * فاقرص لذاك ولا تقل لم افعل * واذا افتقرت فلا تكن متخشعا * وارج الفواضل عند غير المفضل * واذا تشاجر فى فؤادك مرة * امران فاعمد للاعف الاجمل * واذا لقيت القوم فاضرب فيهم * حتى يروك طلاء اجرب مهمل * واذا لقيت الباهشين الى الندى * غبرا اكفهم بقاع ممحل * فاعنهم وايسر بما يسروا به * واذا هم نزلوا بضنك فانزل

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكن تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وليخرج على ما ياتيك في الايمان ان شاء الله تعالى

وقد يستعمل الشاعر اذا فيها للشرط في ثلاثة عشر موضعا بالجزم ودخول فا الجزاء ويعقل من عقلت الناقة بالعقال يريد يعقل تريب الدهر غير ممنوع ويحمل اي يظهر جميلا ولا تنظهر جزعا وقيل كل الجميل اي الجمول وهو الشحم المذاب واين هذا من الاول في التاديب وفي المنتقى لو قال اذا طلقتك فانت طالق واذا لم اطلقك فانت طالق فمات قبل ان يطلق يقع عليها طلقتان لانه لما مات قبل التعليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق وبهذا الطلاق يصلح شرطا في اليمين الاولى لانه وقع بكلام واحد بعد اليمين الاولى فحنث في اليمين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم اطلقك فانت طالق واذا طلقتك فانت طالق فمات قبل ان يطلق وقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التعليق صار حانثا في اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا في الثانية لانه وقع بكلام واحد قبل اليمين الثانية فالشرط وجد اي في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا وهذا على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى اما على قولهما فيقعان بعد ان ييسر في الاولى للوجه الاول بعينه وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث في قوله اذا لم اطلقك فانت طالق وكذا لو لم يسكت حتى يات الان زمان قوله اذا طلقتك فانت طالق زمان لم يوجد فيه تعليق فيقع قبل ان يفرغ منه هذه ثلث مسائل من الجامع الكبير انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك ومع قبل انت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك ففي الصورتين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند ابي يوسف رحمه الله وعندهما لا يقع فالاصل ان الطلاق اذا اضيف الى وقتين احدهما يقبله والآخر لا مع ما يقبله يبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقبل واذا ظرفان وقبل لا تقبل الطلاق واذا تقبله فاضيف اليهما وانما الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك فلا يقع او لان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول قوله بخلاف مسألة المشيئة لانه على اعتبار انها للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك اعترض عليه بان وقوع الشك في ذلك ... توجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب ان تحرم تغليبا للحرمة ... واجيب بان هذا يترك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاز فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلوة وعلى اعتبار عدمه تحل ... وان كان مبنى الصلوة على الاحتياط ولان الشك لا يوجب شيئا انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة اما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم يعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله اعلم واعلم ان ما ذكره المصنف مشكل لانه سيذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية فرجح فنقتضي الوجه في المشيئة ان على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض او غيره واما اذا عرفت بان ينصص فقال اردت الزمان فيجب ان يصدق على قولهما لا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال اردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه واما في مسألة الطلاق اعني قوله انت طالق اذا لم اطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما محتملا تساويا وفي الثاني تشديدا على نفسه **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة المنجزة فقط حتى لو كان قال انت طالق ثلثا ما لم اطلقك انت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلث معناه انه قال ذلك موصولا به فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا والقياس ان يقع المضاف ايضا فيقعان ان كانت مدخولا بها فان لم تكن مدخولا بها لا يقع المضاف وعدة وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله

ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد
كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار وهذا أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق
الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة
دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة

أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف لأن اليمين إنما تعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير
ممكن هنا إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل
بالنقلة من ساعته بر عندنا خلافا لزفر فإنه طرد الأصل بناء على الأصل القياس لأن الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر **قوله** ومن قال لامرأة
يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار وهو ظاهر ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى
ومن يولهم يومئذ دبره والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والأفعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير
المرأة وتفويض الطلاق كقوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها
أو نهارا أو خل الأمر في يدها إلى الغروب لأنه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار
فيبقى معه إلى أن يتبين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له
كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لأن ضرب المدة إنما يكون لما
من له امتداد لا يحتمله والطلاق من هذا القبيل فيقع ليلا تزوجها أو نهارا كذا في عامة النسخ وفي الأصل التزوج من هذا القبيل قيل كأنه غلط
والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولأنه اعتبر في الكتاب في وزان
هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء به قال في الأيمان لو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار إلى أن قال والكلام لا يمتد ولأن
المذكور هنا يستقيم من غير تأويل في أتزوجك لا في أنت طالق ولأن ذكر القران في قوله إذا قرن يدل على إرادة التزوج لا الطلاق لأن
مقارنة اليوم أقوى لأنه على وجه الإضافة والمضاف مع المضاف إليه كشيء واحد انتهى والأصوب الاعتبار الأول أعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لأنه
المقصود بذكر الظرف فعلم أن المعتبر ما تعلق به المضاف لا كونه ظرفا أيضا لمن لم يقصد بذكر الظرف ذلك فإذا المضاف إليه لتعيين الظرف
ليتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك أن اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف الحقيقي أو المجازي أولى
من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله إلا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب أعني ما يكون به المتعلق والمضاف إليه مما يمتد نحو أمرك
بيدك يوم يسير فلان والعبد كانت حرا يوم يقدم وطالق يوم أتزوجك فلو باشر المضاف إليه وحده والمحققون نصوا على ذلك الإبهام من
الشارحين من حكى خلاف الاعتبار وشبهة بعده وبما ذكرنا انتفى اتفاقهم على اعتبار المتعلق فيما يختلف فيه الجواب أو المعتبر المضاف إليه وهو ما يختلف المتعلق
والمضاف إليه بالامتداد وعدمه كانت حرا يوم يسير فلان **فروع** قال أنت طالق إلى شهر تعلق في الحقيقة شهر واو قبلها أبو يوسف في الحال ولو قال قبل
قدوم زيد بشهر يقع إذا قدم زيد لشهر مقتصرا ولو قال قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستندا عند أبي حنيفة وعندهما مقتصرا على
الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند أبي حنيفة يعتبر من أول الشهر ولو كان وطئها في الشهر يصير مراجعا إن كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلاثا
وطئها في الشهر لزمه العقر وعندهما تعتبر العدة في الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا
وكذا إذا طلقها بائنا أو ثلاثا أو خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلاث والبائن ويبطل الخلع ويرد البدل
بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الطلاق بالاستناد وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير الأول ثلاثا إذا مات زيد قبل تمام الشهر

فصل في من قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الأول أيضا إذا نوى لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لإزالتهما فيصح مضافا إليه كما يصح مضافا إليها كما في الإبانة والتحريم ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ولو كان لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصحت إضافتهما إليهما ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها

التعلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما إذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل إذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والأسرار، هذا على تقدير كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الأصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال أنت طالق قبل موتي أو قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو قولهما لتعذره بعد الموت وعنده يقع مستندا حتى إذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض، وإذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق أو آخر عبد أملكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات أو ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا إلى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال إذا كان صحيحا وقت الشراء فإن كان مريضا فمن الثلث وفي الزوجة الأخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا يلزمها العدة إن لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وإن دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال إن كان في الدار زيد فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لأن الموت في الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلا فأشبه سائر الشروط وفي احتمال الخطر فإذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لأن الموت كائن لا محالة إلا أن الطلاق لا يقع في الحال لأنا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وإنه غير ثابت فالموت معرف فيفارق من هذا الوجه الشرط فأشبه الوقت في قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فتطلب الأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر يقع أول شعبان اتفاقا ولو قال لهما أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى يموت إحداهما فإذا ماتت طلقت الأخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

فصل فيه متفرقات من الإيقاع لأنه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد **قوله** ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وبقولنا قال أحمد وقال الشافعي رحمه الله ومالك رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الأول أيضا إذا نوى لأن ملك النكاح أي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما حتى حل لكل الاستمتاع بصاحبه والطلاق لإزالته فيصح مضافا إلى كل منهما وقوله وضع لإزالتهما الضمير للتمكين المدلول عليهما بقوله مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عند أكثر أصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج إلى نيته لإضافته إليها والمختار عندهم أن على الزوج حجرا من جهتها حتى لا ينكح أختها وأربعا سواها فتصح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن إضافة الطلاق إليه غير متعارف فاحتيج إلى نيته ولا يخفى أنه يندفع ما أورده على الأول بالنكتة الأخيرة إذ يقال حينئذ الأول إنما احتيج إلى نيته في الإضافة إليه لأنه غير متعارف **قوله** ولنا تحقيقه أن الطلاق لإزالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد فمحل الطلاق محلهما وهي محلهما دونه فالإضافة إليه إضافة الطلاق إلى غير محله فيلغو بيانه أن المحل هنا هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه إنما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه الأمور الراجعة إلى نفسها في المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج بالأجنبية ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل حبسها إياها وأما الحل الذي يثبت لها تبع للحل الذي يثبت له فإنه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين من ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق بل الحل أثره حسب ما حققنا في باب إيقاع الطلاق من أن المنع الشرعي لم والثابت بالنكاح ويرجع إلى ما تقدم من أن الثابت متبادل يكون محل الطلاق بخلاف الإبانة لأنها أي لفظها موضوع لإزالة الوصلة وصلة النكاح

ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية وذكر في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء ولا فرق بين المسألتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف لما لغا ذكر الثلاث وهذا لأن الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على ما مر وإذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في أصل الإيقاع فلا يقع شيء ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصا منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين أما ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية وأما ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي

مشترك بينهما بحسب اضافتها الى كل منهما عاملة بحقيقتها بخلاف التحريم لانه ازالة الحل وهو مشترك فيصح كذلك عاملا بحقيقته وسيأتي تمامه في الكنايات والعجز من اختها وخامسة فليس موجبه كما هو بل بحجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لا لحل النكاح ولهذا لو تزوجها مع اختها معا او ضم خمسا معا لا يجوز **قوله** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء وكذا طالق او غير طالق وطالق او لا وبه قال الائمة الاربعة قال المص هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد في كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال انت طالق واحدة او لا شيء او ثلاثا او لا شيء انما لا يقع عليها شيء عند ابي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية ولا فرق بين المسألتين وهي طالق واحدة او لا وواحدة او لا شيء وخص الخلاف في الاصل بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة لكن قول صاحب الاجناس نقل ذكره في الجرجانيات ولو كان المذكور هنا قول الكل بسبب انه لم يذكر خلافا فعن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين في المسألتين وذلك لانه صح بخلافه في مسألة او لا شيء فدل على وفاقه في هذه وهي مسألة او لا واذ فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في او لا شيء وخلافه هنا رواية في مسألة او لا **قوله** له اي لمحمد في ايقاعه به واحدة على هذه الرواية انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق يقع به واحدة بخلاف قوله انت طالق او لا او طالق او غير طالق لا يقع به بالاتفاق لانه ادخل الشك في اصل الايقاع ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد واستدل على هذا باثار اجماعية منها انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث لانها بانت بطالق لا الى عدة فلم تبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه لو قال انت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شيء ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يصح ومنها لو ماتت قبل العدد واحدة او ثلث لم يقع شيء قوله وهذا لان الواقع في الحقيقة هو المنعوت في العدد وهو المحذوف اي طالق تطليقة واحدة او طلاقا او تطليقا ثلثا كما قرره في اول الباب اما على الانشاء فظا وقد رجح المص طريقة الانشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسألة انت طالق امس وقد تزوجها اول من امس فارجع اليه ولوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد وعند ذكره لا الوصف **قوله** ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له وهو موته وموتها لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وانما كان حالة موت احدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع الطلاق يستدعي حال استقراره والمعنى على تعليقه بالموت وان كانت حقيقته مع للقران الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار تعلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل **قوله** واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها اي سهما بان كان تزوج امة لغيره ثم اشتراها جميعها او سهما او وهبها او ورثها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه بان تزوجت حرة عبد الغير ثم اشترته جميعه او سهما منه او وهب لها او ورثته وقعت الفرقة بينهما فسخا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح اما في ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فيها وقد تقدم تقريره في فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه واما في ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحرة لحاجة ابقاء النسل فكان ملك النكاح في الاصل مع المنافي وهو حرية المملوكية للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الاقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الامة كلها واما في ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الكل لانه هنا احتياطا

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من كل وجه ولا من وجه وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمه الله أنه يقع لأن العدة واجبة بخلاف الفصل الأول لأنه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له وإن قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا وإذا كان التطليق معلقا بالإعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين بقي شيء وهو أن كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

منه بخلاف المكاتب إذا اشترى زوجته لا تقع بينهما فرقة لأنه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح قوله ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه كما في ملك البعض ولا من كل وجه كما في ملك الكل وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد يقع لأنه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما إذا أعتقته أما إذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا أنه لا عدة هناك عليها يعني منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين وظاهره أنه يحل تزويجها إياه كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل ينقل في الكافي وقال لو زوجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم أنه لا يجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان وهذا لأن العدة إنما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل وإذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح يعني عدم التفصيل لمحمد إذ قد ظهر أن العدة هناك أيضا قائمة غير أنها لا تظهر في حقه وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الفرقة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المرأة من أن تكون محلا للطلاق وإذا خرجت من المحلية فاحتجنا إلى إثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا تثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد واعلم أن شمس الأئمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يعينه بما إذا ملكته بل أجراه في الفصلين فإنه ذكر مسألة المهاجرة وهي ما إذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه فقال في المبسوط وقيل هذا قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد فأما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه الأول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعني فأعتقته فحكى الخلاف في الصورتين وإن ... الزوج لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الرجعة لأنه علق التطليق إذ هو سبب حقيقة بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ أعني العتق ينتظمهما أي ينتظم الإعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفه أثره ومعنى الانتظام هنا احتمال إرادة كل منهما على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمجازي في إطلاق واحد والإعتاق معنى مجازي للعتق هو فيه اسم الحكم للعلة وعلى هذا فما عمل في لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به إعمال المتعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبني كلامك زيدا على التجويز الآخر وهو أن يراد العتق الذي هو أثر فمشكل لأنه قاصر وإنما يعمل في المفعول المتعدي وجعل إعمال العتق إعمال المصدر يرجعه إلى الوجه الأول لأنه يصير معبرا به عن الإعتاق فلم يكن التعليق إلا بالإعتاق فقط والوجه الثاني هو أن لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الإشكال الذي في الكافي لحافظ الدين والعجب مما ذكر في جوابه من قول من قال ليس بمشكل لأنه لما علق التطليق بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق إلا حاصل منه وأين هذا من صحة الإعمال وأيضا كان الوجه أن يقول المعلق بالإعتاق والعتق بالواو لا بأو وحاصل تقرير المسألة أن مع قد تذكر للتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقيق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الآية مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وإن كانت حقيقة خلافه فيصار إليه بموجب وقد تحقق وهو أنا علمنا ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فإن الإناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود ومن حيث نيط به وجود حكم هو معنى الشرط فلزم كون الإعتاق أو العتق شرطا للتطليق فإن كان الإعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للمتأخر عن الإعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وإن كان العتق

ولو قال لها اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسألة الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق التطليق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسألة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فاظهر هذا التقرير المص ره وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل الوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو مع الرق ووجود احد الضدين مستلزم زوال الضد الاخر ولا يبتنى زواله على وجود الاخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة او وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود احدهما يقترن بزوال الاخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا يوجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة وهو يبتنى على احد القولين في ان المعلول مع العلة في الخارج او يعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود وبعد تقرره وعدم خروجه عن المقارنة واطبق العقلاء على ان الشيء زمن ثبوته ليس ثابت وانت قد علمت ان المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس مع علة ليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تحل عنده وسنذكر ما عندنا في العلة والمعلول واورد على هذا ما لو قال لاجنبية انت طالق مع نكاحك حيث يأتي فيه التقدير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها واجيب بانه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا لزم بذكر حرف المعنى ان نحوه فان قال ان تزوجتك فانت طالق مع ضرورة صحة اليمين يبرئ هذا الى انه انما يملك التعليق الصريح قبل النكاح بخلاف ما بعده وتقابل ان يقول الدليل انما قام على حكم اليمين المضافة الى الملك فتتعلق بما يوجب معناها كيف ما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية هذا الجواب لم يتضح لي فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه قوله ولو قال اي لامرأته الامة اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فانت حرة في الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولم يذكر الاختلاف على رواية ابي سليمن بل على رواية الشيخ ابي حفص ووجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لان علته اصله الاستطاعة مع الفعل الذي يقام بها يقترنان في الخارج فيكون التطليق الذي هو السبب مقارنا للعتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسألة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها امة فكذا الطلاق والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسألة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة ثم رد المص ره قول محمد ره بقوله ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان اي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي امة فتحرم وحقيقته محل الغلط في تقرير محمد من جعل العتق شرطا على ما يعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط يعني ولا ينعقد التطليق سببا الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسب ما ينزل العتق وهي امة فتحرم حرمة غليظة واذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات اخرى احدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسألة لكون الاعتاق مندوبا فيعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متاخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتاخر فيه الى القبض للحظر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الشرط التطليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعده وهي حرة وهذه خفي لتبيين علم ان العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول فذهب

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر

طائفة الى ان المعلول يعقبها بلا فصل والجمهور على انها تقارنه في الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فامكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها والا بقي الفعل بلا قدرة والذي يختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير انه لسرعة اعقابه مع قلة الزمن الى الغاية اشكل ان اينا لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن مؤثرا والله اعلم وثانيها ان المعلق كالمرسل عند الشرط فكان المولى والزوج ارسلا عتقه المستعقب وقوعه الاوجز وانت حرة او جزء من انت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما وثالثها انما تعلقا بشرط واحد طلقت ثنتين ولم يقع الاعتاق عنها بعده وهو انها كانت حرة لان الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعليق بشرط واحد يقتضي ان يصادفها على الحالة التي صادفها عليها الشرط وهي الرق فتقع الطلاق والحرية بلا شك فيبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فاعتق فيها قبله للوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التعقل من الزمان بل بمجرد تعقله ينزل في اول ان يعقبه لانه تنزيل حكم فبطل ما قبلها ورفع الاثر في الزمن الذي لما لم يكن هو مطلوب شرعا الى غاية تناسب التلجية اليها مضى القبض الذي لم يعتبر بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي ما نحن فيه فلو لم يكن بعدم وجود الشرط غاية تناسب اعتبار تأخر ثبوته اليها كما هو في البيع تكييف هو غير ممكن الرفع والا لم يقع فلا فائدة في تأخيره الى ما هو حق فالاعتبار ابطل الاول

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه **قوله** قال من لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث طعن على محمد في لفظ السبابة اذ الاسم الشرعي المسبحة واجيب بان في بعض النسخ المسبحة وبانه ورد ايضا في رواية ابن عباس رضي الله عنه في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم ادخل السباحتين في اذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة وبان الاعلام لا يوجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا ضعيف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي الى الشنيع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ والا فقيل كون الاسم الشرعي المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامي ابن عباس رضي الله عنه فالاولى اعتبار تلك النسخ وسببه غيرها الى التصحيف وان كانت هي ايضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغة فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح وما سباح فانما هو من سبح في الماء سباحة ثم شرع في الوجه فقال لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم يعني لفظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى اما لفظا فلان ذي كناية عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الاجزاء نحو هكذا هكذا فشك يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد وهنا في الحديث فقوله انت طالق هكذا التشبيه بالعدد والمشار اليه هو العدد والمفاد كميته بالاصابع المشار اليها بخلاف كذا فانها لم تقصد فيها معاني الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس او غيره كما في الخبر يقال للعبد يوم القيامة تذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ثم مميزه ليس الا ما يبين الجنس لانها وضعت لتقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا دينارا عشرين ولا كذا عشرين دينارا فليس في استعمالها غيرها وهذا هو غلط المعنى **قوله** قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال انا امة امية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام في الثالثة ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلثين متفق عليه وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة

ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة
والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا
للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله
لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع
واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن
او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح للابتداء وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما
يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق واسوأه لما ذكرنا وكذا
اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رحمه الله
في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة حيض فلا بد من النية

ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف وفي الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة
فالذي يثبت بالنية منه ان يكون الاصابع الثلث منشورة فتقلب حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه تحتمله لكنه خلاف
الظاهر وقيل ان اشار بظهورها بان جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان
الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة فتعتد وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصنف ولا يخفى ان قوله الابهام
والسبابة والوسطى ليس بقيد **قوله** ولو لم يقل هكذا يعني قال انت طالق واشار باصابعه الثلث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم
وعرفت ان الصواب ان يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم **قوله** واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة او الزيادة كان بائنا مثل
ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك واحمد لان الطلاق شرع معقبا للرجعة
فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو يقصد القطع لا يبطل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله
وهبتك على ان يثبت الملك قبل القبض وطالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة
قبل الدخول في الحال وكذا بعده كذلك وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما
مر ان اسم الواحد لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق ان لا رجعة تصريح بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا الا
ضمنا ويرد عليه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بطالق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها واجيب بان عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ البينونة
ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملاته فاذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية
فيه وقد فرض لطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا يكون عاملة بلا لفظ بل ما يعطي هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس
كذلك ان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المصنف هناك وهو عليه ان تغيير
المشروع كما منع من صحة النية يجب ان يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا ثم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطالق
لكن قيل منتف لانه اذا جعلا وصفا للمرأة تقع ثنتان وهو ما ذكره المصنف بقوله ولو عنى بانت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان
بائنتان على ان التركيب خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو امكن ان يقال لا ايقاع ببائن صفة لها وطالق قرينة فاستغني به عن النية
فلم يحتج اليها كما لا يحتاج الى النية لو افرد ولم يعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها
وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان **قوله** وكذا
اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيئا او نوى ثنتين والثلث
بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبافحش الطلاق اخرى تقع ثنتان وانما وقع البائن لانه اي الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو قطع
النكاح في الحال بخلاف البائن موجلا بالانقضاء في الرجعي وافعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه افحش مما يثبت موجلا اعني الرجعي فصار كقوله
بائن كذا اذا قال اخبث الطلاق واسوأه او اشره او اخشنه او اكبره او اغلظه او اطوله او اعرضه او اعظمه كلها مثل افحشه وسنذكر جواب انه لم
لم يقع ثلث وكذا طلاق الشيطان وكذا طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن

وعن محمد رحمه الله أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا إذا قال كالجبل لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك بإثبات زيادة الوصف وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثا أما الأول فلأنه وصفه بالشدة وهو البائن لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاع أما الرجعي فيحتمله وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى يقال هو كألف رجل ويراد به القوة فتصح نية الأمرين وعند فقدها يثبت أقلهما وعن محمد رحمه الله أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما إذا قال أنت طالق كعدد ألف

وفي عبارته تسامح إذ ليس المعنى هو مسنون بل المراد أنه لو طلقها في الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن أبي يوسف رحمه الله في قوله أنت طالق للبدعة لا يكون بائنا إلا بالنية لأن البدعة قد يكون من حيث الإيقاع في الحيض كما يكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال أقبح الطلاق فعند أبي يوسف رحمه الله هي رجعية لاحتمال القبح الشرعي والطبيعي بأن يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكره وكأنه الطهر الخالي عن الجماع فيجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية أو يراد وقت تتفق نفرة الطباع فيه عن الطلاق وعند محمد رحمه الله بائن حملا له على المنهي عنه **قوله** وعن محمد أنه قال إذا أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لما ذكرنا في وجه الرواية عن أبي يوسف رحمه الله **قوله** وكذا إذا قال كالجبل لأن التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم ويحصل بإثبات زيادة الوصف البينونة وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لأن الجبل شيء واحد فكان التشبيه في توحده يعني يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذي هو كالصريح أن التشبيه بالجبل إنما يراد في الثقل والعظم فيثبت المشتهر قضية للفظ وتتوقف الواحدة على النية فيما بينه وبين الله تعالى أما القاضي فلا يصدقه فيها **قوله** ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثا أما الأول وهو قوله أشد الطلاق فلأنه وصفه بالشدة فإن قيل بل بالأشدية فيجب وقوع الثلاث وكذا كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق أجيب بأن أفعل يراد به أيضا الوصف كقولهم الأشج والناقص أعدلا بني مروان أي عادلاهم فلا يحمل على الثلاث لاحتمال الأدنى أن الاعتبار للظاهر ولذا أثبت البائن في الجبل مع احتمال إرادة كون وجه التشبيه الوحدة والأوجه أن هذا الاحتمال يجعل ظاهره إرادة الثلاث فيصار إلى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية ثم قوله وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر فإن المعنى طالق طلاقا هو أشد الطلاق والحاصل أن أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق وأما الثاني وهو قوله كألف فقد يراد به التشبيه في القوة كما يقال زيد كألف رجل أي بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم وقد يراد التشبيه في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد ألف فقد تردد ألف فيه بين القوة والعدد فاحتمل التشبيه في القوة فتصح نية كل من الأمرين وعند فقدها يثبت أقلهما وعند محمد رحمه الله يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد ألف ومعلوم أن التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص الكمية ولو قال أنت طالق ألفا فلا معنى لقوله ألف تشبيها بالألف فإنه يستعمل في الكثرة أي طالق عددا كثيرا كثرة الألف والكثرة التي تشبه كثرة الألف ما يقاربها فلا بد أن يزيد على اثنين فيقع الثلاث قلنا كون التشبيه به في القوة أشهر فلا يقع الآخر إلا بالنية بخلاف كعدد ألف وعلى هذا الخلاف مثل ألف ولو قال واحدة كألف فهي واحدة بائنة بالإجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد له فقال طالق كعدد الشمس أو التراب ومثله فعند أبي يوسف رحمه الله رجعية واختاره إمام الحرمين من الشافعية لأن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو كعدد التراب وعند محمد رحمه الله يقع الثلاث وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله واحدة بائنة لأن التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة كما مر ولو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد رحمه الله وعنه في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث والفرق له بين هذا وبين قوله كألف أن الألف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور ولو قال كالثلاث فهي واحدة بائنة عند أبي يوسف رحمه الله وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث وهذا ضعيف لأن التشبيه بالعدد في خصوص الكمية وفيما ذكرناه آنفا من كافي الحاكم لو قال أنت طالق أكثر الطلاق فهو ثلاث ولا يدين في قوله نويت واحدة انتهى ولو أضافه إلى عدد معلوم النفي كعدد شعر بطن كفي ومجهول النفي والإثبات كعدد شعر إبليس ونحوه يقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف كعدد شعر ساقي أو ساعدي

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة وعندهما تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثنتين او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا تقع الزيادة على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

بعضهم بها واحدة الاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بقبلية اخرى لها وهو لا يقدر عليه اذ لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الوقت فيكون الايقاع في الماضي ايقاعا في الحال فيقترنان فيقعان واذا كان الظرف لفظة بعد فمعنى واحدة قبلها واحدة فيكون صفة للاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بالقبلية وهو معنى قبلية اخرى لها ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق الموجود على الموجود فيقترنان لان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان في واحدة بعدها واحدة اوقع واحدة موصوفة ببعدية اخرى لما وقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها واما اذا قال واحدة معها واحدة او مع واحدة فلا فرق في الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثاني تحقيقا لمعناه وعن ابي يوسف في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه لفظا ومعنى وهي واحدة التي هي مرجع الضمير اذ قد سبق لفظا فيجب التوقف لاتصال المغير وهو المبهم بالمعنى من انفراد السابق لكن الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان حتى سبق وجوده ممنوع ومن مسائل قبل وبعد ما قيل نظما رجل طلق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان وصوره ثلث لانه اما ان يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل او جميعه بلفظ بعد او جمع بينهما ففي الجمع كالبيت يلقى قبل بعده فيقع في شهر قبل رمضان فيقع في شوال وفي نحوه ثلث صور اخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان تخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه او لا تخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان تخلل بينهما قبل قلب البيت وحكمه انه يلغى بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع في شعبان ولا تخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع في جمادى الآخرة

قوله وفي المدخول بها يعني ان ما ذكرنا من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها اما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها اي في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ونفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقول النبي صلى الله عليه وسلم صلوا صلاتكم قبل ان تحملوا نار جهنم واجيب بان اللفظ اشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما امكن **قوله** ولو قال لها اي لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة وقالا ثنتان ولو قدم الجزاء فقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق اي لجمع المتعاطفات فيما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان حاملا كجاء زيد وعمرو او لا كزيد وعمرو وبكر جاء واطلقا اي بلا قيد معية او ترتيب بل اعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق ثنتين وكما اذا اخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التعريف الفقهي لا اثر له لانه في حال التكلم تعلق الطلاق لا في حال التعليق بخلاف قوله لغير المدخول بها انت طالق واحدة وواحدة لانه في حال الايقاع ولا موجب للتوقف الاول فيقع اما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم تنزل كذلك فيقع الكل ولو سلم التعاقب في التعلق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل ايمان تخللها السكوت كما لو قال ان دخلت فانت طالق ثم بهذا ان قال ان دخلت فانت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصنف كما اذا نص على الثلث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن يعني **قوله** لان الجمع المطلق الذي هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال الخاص ان يراد من حيث هو في ضمن القران والترتيب لانه لا يراد في الاستعمال الا الامر الاعم من حيث هو في ضمن احد انحصاره على الاعتبار الثاني وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا نجز الثلث بالواو لغير المدخول بها

ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح

واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل فتأكدت لا معاً للامرين ونزول الطلاق عند
الشرط لابد منه فتنزل واحدة فلا ينزل الزائد بالشك وتقرير الاصول ان الاول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثاني بواسطة
والثالث بواسطتهما فتنزل على الوجه الذي وقع عليه التعليق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثاني بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا منها
مستقل فيتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس شيء منها بواسطة شيء فتنزل جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا قدم الجزاء لان تأخر الشرط موجب لتوقف
الاول لانه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فتنزل دفعة وينتقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق واحدة لا بل ثنتين تطلق ثلثا ولو نجز
بهذا اللفظ وقع واحدة واجيب بان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني بدل الاول ولا يمكن في الطلاق فيتعلق الاول ويصح تعلق الثاني
لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كانه اعاد الشرط للتعليق ثنتين فيصح بجملتين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز
لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولنا ارجح قوله تعلق بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه
الى الشرط وان اريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة
لنزوله اذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعليق وليس نزوله علة لنزوله بل اذا تعلق الثاني باي سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط
وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرير المصنف اقرب وبه لا يرد عليه مسئلة الايمان فان قيل قوله لا يقع الزائد بالشك مدفوع بانه لا شك في تعلق الكل
سواء كان بطريق المعية او الترتيب فيجب ان تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذي يراد بالواو يقتضي كما قررناه
ان وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر فان معناه ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى وقبلها اخرى فلا يقع متأخر الا بعد وقوع المتقدم
فصار الدخول شرط كل متأخر بخلاف الترتيب الذي اتفق في الايمان فانه ليس الشرط في الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام
شرط كل معلق من الطلقات الثلث وعلى هذا الخلاف ما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق وانت علي كظهر امي ووالله لا اقربك فدخلت
طلقت وسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مول ولو قال للاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وانت علي كظهر امي
ووالله لا اقربك اربعة اشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والله لا اقربك وانت علي كظهر امي وانت طالق فتزوجها تعلق الكل عنده بلا اشكال
واما عنده فلسبق الايلاء والظهار بعده محل للطلاق فتطلق **قوله** ولو عطف بحرف الفاء فقال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق فطالق
فطالق فدخلت فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فلم يكن شيئا وذكر
الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة ولا وقوع قبل
جميع الشرط فتقع الثانية بعدها وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فتقع بعدها على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لابي حنيفة رح وهذا لانه يصير المعنى
ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى ولو عطف بثم واخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان
وتتعلق الثالثة بالشرط لانها للتراخي فكانه باعتباره في اللفظ والمعنى فكانه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف ما يتعلق فكذا هنا واذا وقع
الاول بقيت محلا فيقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء المحلية وان قدم الشرط
فقال ان دخلت فانت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخول بها تعلق الاول ووقعت الثانية والثالثة فان لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث

وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته **قال** وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها إلا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة أما الأولى فلاحتمال الاعتداد من النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فإن نوى الأول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو أن تكون واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه إلى النية ولا يقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمرا أولى وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث

والوجه بعد معرفة الأصل ظاهر ومنها تعلق الكل بالشرط قدمه أو أخره إلا أن عند وجود الشرط يقع الثلاث إن كانت مدخولا بها وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره فإن التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلا بأن قال إن دخلت فأنت طالق واحدة واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لأنه إنما تعلق الأول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه **قوله** وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح إذ هو الأصل في الكلام لأنه وضع للإفهام وما كان أدخل وأظهر إفهاما كان أصلا بالنسبة لما لا ولما كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه ولذا لم يعرف المص الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية إلى آخره لاشتهار أنها ضد الصريح وحين عرف علم أن الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع أنه يؤخذ رسمها من تعليله حيث قال لأنها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره ولزم من أن يستفسر عن مقصوده بها إلا إذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فإن القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فإنها تحكم بإرادة مقتضاها شرعا كما في البيع بالدراهم المطلقة ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا إذا أطلق نية الحج ينصرف إلى حج الفرض والحاصل أن النية باطنة والحال ظاهر في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في إنكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق ويصح إذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المص لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع أما في نفس الأمر فلا يقع إلا بالنية مطلقا ألا ترى أنه لو قال أنت طالق ثم قال أردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته إذا كان نواه **قوله** لأنها غير موضوعة للطلاق بل موضوعة لما هو أعم من حكمه ومنه والأعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلا من صدقاته ولا يتعين أحدهما إلا بمعين وهو في نفس الأمر هو النية وبالنسبة إلى القاضي دلالة الحال فإن لم يكن فهو ما أراده وإنما قلنا أعم من حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من أنها لم يرد بها سوى الثلاث الرجعية الطلاق أصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح فعلى هذا فقول المص بل تحتمله وغيره تساهل لأن محتملات اللفظ تستقل فيها وسنشير إلى أنه لم يرد بها الطلاق ونقرره والجواب أن المراد تحتمله متعلقا معناها أو واقعا عنده فتدخل الثلاث الرجعية **قوله** وهي أي الكنايات على ضربين هذا التقسيم للكنايات وهي تنقسم أولا بحسب ما هي كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المص هي القسمة الثانية أما الأولى فتنقسم إلى ما هو كناية عن حكم الطلاق وإلى ما هو عن تفويضه الثاني في نحو اختاري وأمرك بيدك لا يدخل في يدها إلا الإبانة الطلاق فلا يقع إلا بقولها بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي والأول ما سواهما وينقسم إلى ما يقع به البائن وهو ما سوى الألفاظ الثلاثة وسنذكر ما فيه وإلى ما يقع به الرجعي وهي الألفاظ الثلاث اعتدي استبرئي رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع بها إلا واحدة أما الأولى أي كون الأولى وهي كلمة اعتدي كناية فلاحتمالها الاعتداد من النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى فإن نوى الأول تعين ويقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى أن القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما إذا قال بعد الدخول أما قبله فهو مجاز عن كوني طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب لأن شرطه اختصاص المسبب بالسبب وهذه لا تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد إذا أعتقت ويجاب بأن ثبوتها فيها ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء بالأصالة وهو غير واقع سؤال عدم الاختصاص واعلم أنه كما يجب كونها مجازا عن كوني طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في غير المدخول بها إذا كانت آيسة أو صغيرة وما في النوادر من أن وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة يعني أنه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها

ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب قال وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا كان ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة بائنة

وما قيل والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس مع استحسان لأن علية البينونة إلى في غير الثلاث منتفية فيها فلا يتجه القياس مع انتفاء الاقتداء ويقتضي فرقه بعد الدخول وهي الأمر من حيث وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل تعيين الأخف لعدم الدلالة على الزائد وأما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلأنه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئي لأني طلقتك أو لا طلقتك يعني أو اطلبي خلوه عن الولد وعلى الأول يقع وعلى الثاني لا فلا بد من النية ولا يخفى أنها أيضا قبل الدخول مجاز عن كوني طالقا كاعتدي وكذا في الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه وأما الثالثة وهي أنت واحدة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه فكأنه قال مع ذا ونواه مع الوصف المذكور فكأنه قال نصور أن يجز به نية الطلاق والطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندي أو في قومك ومكانك فلما تعلم أن الطلاق في هذه الألفاظ مقتضى أمر في اعتدي واستبرئي رحمك لأنه يقع شرعا بها أنه ثابت اقتضاء ومضمر في واحدة ولو كان مظهرا لا يقع إلا واحدة فإذا كان مضمرا فإنه أضعف منه أولى أن لا يقع إلا واحدة وفي واحدة إن صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع إرادة الثلاث لأنها صفة المصدر المحذوف بالمار فلا يتجاوز الواحدة واعترض بعضهم على قوله يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف أي تطليقة واحدة فإن فيه تكلفا غير محتاج إليه بل يحتمل أن يراد به منفردة على الزوج سا لأنه لا يرفع حكم الماذكر النعت والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر فقال أنت طالق والطلاق عزيمة إلى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الأربع اذهبن فأنتن الطلاق أو طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعيين الثاني قوله ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح احتراز عما قال بعضهم إن رفع الواحدة لا يقع شيء وإن نوى وإن نصبها وقعت واحدة وإن لم ينو لأنها نعت للمصدر أي أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وإن سكن يحتاج إلى النية وجه الصحيح أن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب فلا يجوز بناء الحكم يرجع إلى العامة عليه ولأن الرفع يجوز بكونه نعتا لطالقة أي أنت طالقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر أي أنت منكوحة كلمة واحدة فهذا الوجه يعم العوام والخواص ولأن الخاصة لا تلتزم التكلم العرفي على صحة الإعراب بل تترك صناعتهم والعرف لغتهم ولذا ترى أهل العلم في مجاري كلامهم لا يعتمونه قوله وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى الثلاث كانت ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة في هذا الإطلاق نظر بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلث فقد ذكر في أنا بريء من طلاقك يقع رجعي إذا نوى بخلاف ما إذا قال برئت منك قال ابن سلام وفي الخلاصة اختلف في برئت من طلاقك إذا نوى الأصح يقع رجعيا والأوجه عندي أن يقع بائنا لأن حقيقة تبريته منه يستلزم تجرده عن الإيقاع وهو البينونة بانقضاء العدة أو الثلث أو عدم الإيقاع أصلا فبذلك صار كناية فإذا أراد الأول وقع وصرفها إلى أحدى البينونتين وهي التي دون الثلث وكذا في الطلاق عليك يقع بالنية ومحي منك طلاقك إذا نوى يقع رجعيا وكذا قال في بعتك طلاقك إذا قالت اشتريت بدل تم في البتة إذا لم يكن نية تعلق في القضاء ولو قال نويت أن يكون في يدها لا يصدق وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت وإلا فهي زوجته هذا إذا ابتدأ الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لي طلاقي تريد أعرض عنه فقال وهبت لا يقع وإن نوى لأنه جوابها في طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب أن يقع إذا نوى لأنه لو ابتدأ به ونوى وقع فإذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب وأخرج الكلام ابتداء أو لأنه هو أولى بنفسه ونيته ويقع رجعيا في خذي طلاقك وأقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك أو قضاء وشئت يقع بالنية

وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك
وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج
لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه
وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رضي الله عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح رداً والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة
مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جواباً ورداً وما يصلح جواباً
لا رداً وما يصلح جواباً وسباً وشتيمة ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقاً الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا
وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جواباً ولا يصلح رداً في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري

رجعي وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك بوصل الهمزة وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وفارقتك وامرك بيدك واختاري
وانت حرة واعتقتك مثل انت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي بالغين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة وبالزاي المعجمة واخرجي اذهبي وقومي
وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره وتقرير المحتملات غير كاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من اشياء وهي هيئة
الناقة اذا اريد اطلاقها للرعي وهي ذات رسن فالقي الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كيلا تتعقل به اذا كان مطروحاً فشبه بهذه الهيئة الاطلاق
الطلاق للمرأة عن قيد النكاح او العمل او التصرف من البيع والاجارة والاستيجار فصار كناية في الطلاق لتعدد صور الاطلاق وفي وهبتك لاهلك
اذا نوى يقع وان لم يقبلوا لانه يحتمل ان يكون وهبتك لاهلك مجازاً عنه وردتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهي البينونة فلا يحتاج الى قبولهم لانها في ثبوت
البينونة والحق باهلك مثله في صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك او لامك مثله بخلاف الاجانب فلا بد من النية اي في الحكم بوقوع الطلاق
الا ان يكونا في حالة مذاكرة الطلاق وهو حال سؤالها الطلاق او سؤال اجنبي فيقع في القضاء وان قال اردت غير الطلاق فلا يقع فيما بينه وبين الله
الا ان ينويه ويستثنى منها اختاري لما نذكره وامرك بيدك قال المصنف رحمه الله سوى القدوري بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذاكرة الطلاق في
القضاء اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وكذا فصل شمس الائمة في المبسوط والمشائخ كفخر الاسلام وغيره قالوا وهذا اي كونه لا يصدق
اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق انما هو فيما لا يصلح رداً اما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استانف تقسيماً ضابطاً فقال الاحوال
ثلثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جواباً لطلبها الطلاق اي
التطليق ويصلح رداً له وما يصلح جواباً وشتماً ففي حالة الرضا يصدق بالكل اذا قال لم ارد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه
وفي حال المذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جواباً لا رداً كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدي استبري رحمك اختاري امرك بيدك ويصدق فيما يصلح
له وللرد مثل اخرجي اذهبي انطلقي تقول العرب افلح عني اي اذهب اغربي قومي تقنعي ومرادفها كاستتري وتخمري ومعنى الرد في هذه اي اشتغل
بالتقنع الذي هو انفع لك من الطلاق وكذا الخوارج ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جواباً ورداً وما يصلح جواباً
وشتيمة لا رداً كخلية برية بتة بتلة حرام ولا يجري بها اذ تحتمل خلية من الخير برية من كل حسن بتة بتلة اي مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون
الرد والشتم كاعتدي اختاري امرك بيدك استبري وعرف مما قدمنا ان اختاري امرك بيدك لا يقع بها الطلاق الا بايقاعها بعده وانما هما
كنايتان من التفويض حتى لا يدخل الامر في يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم في الاحوال الى قسمين حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة
المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا يتصور سؤالها الطلاق الا في احدى الحالتين لانهما ضدان لا واسطة بينهما فتقرير التقرير ان في حالة الرضا
المجرد عن سؤال الطلاق يصدق في الكل انه لم يرد الطلاق وفي حالة الرضا المسؤول فيها الطلاق يصدق فيما يصلح رداً عليها وفي حالة الغضب المجرد
عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سباً ورداً انه لم يرد الا السب والرد ولا يصدق فيما يصلح جواباً فقط وفي حالة الغضب المسؤول فيها الطلاق يحتمل
في عدم تصديقه في المتمحض جواباً بسببان المذاكرة والغضب وكذا في قبول قوله فيما يصلح رداً لان كلاً من المذاكرة والغضب يستقل باثبات قبول قوله في
دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسب بغير الغضب باثباته فلا تتغير الاحكام فالاولى ان يعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدي الغضب
والمذاكرة قوله وعن ابي يوسف الخ الحق ابو يوسف بالتي تحتمل السب الفاظاً اخرى وهي لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك فعنده

لكن الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا ورداً مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي
تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب
الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق
وعن ابي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب

اربعة الفاظ ذكرها الولوالجي وذكرها العتابي خمسة لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الحقي باهلك حبلك على غاربك وفي الايضاح وفي شرح الجامع الصغير
لشمس الائمة ذكر خمسة هي هذه الا انه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتتم ستة الفاظ ووجه احتمالها السب ان لا ملك لي يعني انت اقل من ان تنسبي الي بالملك
ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي باهلك كذلك وحبلك على غاربك اي انت مسيبة لا يشتغل احد بتاديبك اذ لا طاقة
لاحد بمحاربتك وفي رواية جامع فخر الاسلام والفوائد الظهيرية ان ابا يوسف الحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة
وهي اعتدي اختاري امرك بيدك وفي شرح مختصر الكرخي قال ابو حنيفة لا سبيل لي عليك تقنعي استبري اخرجي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين
في الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب حالة ابعاد الانسان الزوجة فيه وكذا في حال ذكر الطلاق وهذا لانه لا سبيل لي عليك يحتمل على
طلاقك ويذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي ولا رواية في اعرتك طلاقك ظاهرة وعن ابي يوسف يقع خلافا لمحمد وفي النوازل عن
ابي حنيفة رح يصير الطلاق في يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق ان شاءت كما كان للزوج ولو قال طلاقك علي لا يقع اصلا
وروى الحسن عن ابي حنيفة رح لو قال وهبتك لابيك او لابنك او للازواج فهو طلاق لان المراة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاخيك او خالتك
او عمتك او لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فبيعي ثوبك فلا يقع عند ابي يوسف رح خلافا
لزفر رح لان اذهبي يقبل فيه للطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابي يوسف ره ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي
من الكنايات تنحي عني فاختلف في لم يبق بيني وبينك عمل قيل يقع اذا نوى وقيل لا ومثله لم يبق بيني وبينك شيء وفي اربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع
الا بالنية الا ان يقول خذي ايها شئت ثم عن محمد رح في رواية اسد يقع ثلث وقال ابن سلام اخاف ان يقع ثلاث لمعاني كلام الناس كانه يريد ان مراد
الناس بمثله اسلكي الطرق الاربعة والا فاللفظ انما يعطي الامر بسلوك احدها والاوجه ان يقال يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتاخرون في
وهبتك طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في بحلك طلاقك وان نوى او صفحت عنه ولا اجبت طلاقك او رضيته او هويته او اردته وان نوى واما طال
بلا قاف فالطلاق بعضهم او وقوع وفصل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف
ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى عنه وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق اما في حالة
فيقع قضاء لا ديانة اولا وفيه ايضا النظر المذكور لانه ايقاع بلفظ لم يوضع له ولا هو منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه فهذا البحث يوجب ان لا يقع به اصلا وان نوى
ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتهجي كانت ط ا ل ق لانه ليس طلاقا ولا كناية لان موضوعها تحمل اشياء واوضاع هذه المسميات هي حرف ولذا لو قرأ آية
السجدة تهجيا لا يجب السجدة لانه ليس قرآنا ولا مخلص الا بمنع اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالا عليه وضعا او عرفا مع ينبغي
في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا بطلاق بلا قاف وفي قوله لا اخراج الي طلاقها او خبرها به او بشرها بطلاق في الحال لان المحل لا يتحقق قبل الوصول
ومنها انت علي كالميتة او الدم او لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامراته هذه عمتي او خالتي او محرمي من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك
فاصر عليه فرق بينهما ولو قال كذبت او وهمت او نسيت يصدق ولا يفرق استحسانا والقياس ان يفرق مطلقا ولا يصدق لانه اقر بالتحريم ووجه
الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال لها هذه بنتي ولها نسب معروف لم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا في جميع ما
ولها نسب معروف وان لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هي اختي ويختلف في لست لي بامراة وما انا لك بزوج فنوى الطلاق

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها

يقع عند ابي حنيفة رح وقالا لا لان نفي النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم اتزوجك ولو قال والله ما انت لي بامرأة او سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا وله انها تحتمل اي لست لي بامرأة لاني طلقتك فيصح نفيه كما في لا نكاح بيني وبينك ومسألة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين انه اراد النفي عن الماضي لا في الحال لان الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في انشاء النفي في الحال وقوله لم اتزوجك جحود ولا يحتمل الانشاء لان الطلاق لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف انه اراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب المنافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها يقع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست لها او ما انت امرأتي او لست ما انا زوجك عنده يقع بالنية والنية. **ويتصل بالكنايات** الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا او عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به او لم ينو وكذا اذا كتب على لوح او حائط او ارض اعني كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حرف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوي فيه كالكلام الكنائي لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب لتجربة الخط فان كان صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان اخرس يبين نيته بكتابة هذا اذا لم يكن خطابا او رسالة فلو كان على رسم الرسالة بان كتب اما بعد يا فلانة فانت طالق او انت حرة او اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال انت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل ان يكتب امرأته طالق او فلانة بخلاف ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فانت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وانفذه وسطره باقية وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ما سوى كتابة الطلاق وانفذه فوصل اليها لا يقع فمبني على ان الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا يكون كتابا وفيه نظر وما قيل من انه لو محا اكثر ما قبله فارسله لا يقع ابعد من الاول لان مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر اكثر الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم انكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ولو كتب اليها اما بعد انت طالق ان شاء الله ان كان موصولا بكتابة لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب ان شاء الله يقع الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة وفيها معزوا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر او امر غيره فكتب ولم يمل هو فاتاها الكتابان طلقت طلقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل احدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب واما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتين قضاء لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكل ما ذكرناه ثابت في حق الاخرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف منه ذلك بان يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك او شككنا فيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المصنف احكام الاخرس من هذه في آخر الكتاب **قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا** وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى اريد بها البينونة بان كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفى بالاتفاق على ان الواقع طلاق والبائن بالنص فان قيل النص انما افاد الرجعة بالطلاق

والفرق بينهما احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما يصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الصريح معناه لان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن احق بردهن اعم من الطلاق الصريح وغيره لان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها اعني نص الافتداء لما عرف من ان الافتداء لا يتحقق الا بالبينونة والا يذهب مالها ولا يفيد والحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال او ثلث واستدل المص بقوله ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا اثبتها بقوله لا حاجة ماسة الى اثبات الابانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بان المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فكانت هذه الولاية ثابتة دفعا للحاجة لانه لو ابانها بالثلث عصى ولو طلقها رجعيا ربما يرى المصلحة في الرجعة غير راجيا فيه ولو طلقها ثانيا وثالثا فيؤدي الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه سد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له امكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والاوجه في العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم ان يشرع له الابانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كيلا يقع في الرجعة بغير قصد منه بان يمس المرأة فتقبله بشهوة فيصير وهو لا يريدها فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كيلا تفوت هذه المصلحة وعرف بان هذه مصلحة وثبوت العكس من اعادتها اذ اظهر له من نفسه طلبها وتغير رايه مع ان الانسان محل التغير مصلحة اخرى اكيدة واكثير ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة اكثر من وقوع طلاق لم يدع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب الا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ تمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة بيسير من الاحتراس من نجاستها مقبلة ونحوه فكان اعتبار منع الابانة اجلب للمصلحة من غير تفويت لمصلحة الاخرى فان ارادت تخصيص نص اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء ايضا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ليلزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب الندم بتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة او تفريق الثلث على الاطهار بخلافها فلم تتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة في اوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا بسبب تحقق الحاجة الى الابانة من الفعال هذا ولا يخفى ان المعنيين اعني عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة اذا تغير رايه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة والوجه في الاستدلال ان يقال لما ثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد ثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان اي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاث بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه ايضا لفظ بائن فلا يقع به البينونة الغليظة بغير امر فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وايضا خص منه الطلاق بالمال فليس بالعموم مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد خرج منه فلما حين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة ثبت ايضا اخراج الواحدة بلا بلا مال يعقب الرجعة لان شرع الايقاع بهو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلث شرعا به تطليقه صلى الله عليه وسلم ابا ركانة حين طلقها البتة انه ما اراد الا واحدة وشرع قوله وليست كنايات على تحقيق انما هو ال في متعلقها يعني التردد في المراد للقطع بان معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد وكذا البتة البتل القطع والترديد انما هو في متعلقها اعني الوصلة وهي اعم من وصلة النكاح والخيرات والشر فاذا تعين بالنية على حقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة اليه او الى

ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافاً لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت بالاولى طلاقاً وبالباقي حيضاً دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهداً له وان قال لم انو بالباقي شيئاً فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

غيره من الرجال فاذا عين المراد بالنية حمل اللفظ بوضعه وانما اطلق عليه كناية مجازاً التردد في ذلك المتعلق الذي يتعين الغرض المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لانه يتعمد المعنى وقد يكون حقيقة فيها وقد حقق في نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل يعتبر منه الى طول القامة وكثرة الاضياف فالوجه ان يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازاً عن الطلاق فتحقيقه انه مشترك معنوي من قبيل المشكل فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما والوجه ان يقول هو ان كل كقائلها او بحقيقة ما استعملت فيه وهذا الان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو البينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة اعني التمليك فهو مجاز عن رده على ما قدرناه وقياس الباقي سهل ثم بهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها معنى اللفظ الدائر في الافراد وهي متنوعة الى غليظة وهي الحرمة على الثلث وخفيفة كالمترتبة على الخلع فاذا نواها اراد صح ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال او طالق ثلثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم اعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع بها الطلاق ترجع معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعا واستعمال عدده هو نفسه وقوع ذلك اللازم واستكمال به بذلك بارسال لفظ الثلاث بل لازم وقوع الطلاق وقع اللازم الشرعي لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما اسلفنا في فاتحة كتاب الطلاق فارجع اليها فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تاويل وتقرير المص ان الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعي ره وينتقض به وهو بناء على انه غيره وانت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق هذا المنافي الفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لا بد ان يستعقب في غير الفسخ النقصان مع الاتفاق على ان الثابت بالكنايات ليس فسخا فلزمه نقصان العدد **قوله** لا تصح نية الثنتين اي بالكنايات عندنا خلافا لزفر ره وقد بيناه من قبل في باب ايقاع الطلاق في التعليق بالمصدر **قوله** ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها ان ينوي بكل من هذه الالفاظ طلاقا او بالاولى طلاقا لا غير او بالاولى حيضا لا غير او بالاوليين طلاقا لا غير او بالاولى والثانية طلاقا لا غير او بالثانية والثالثة طلاقا او بالاولى حيضا لا غير وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلثا او ينوي بالثانية طلاقا لا غير او بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير او بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير او بالاخريين طلاقا لا غير او بالاوليين حيضا لا غير او بالاولى والثالثة حيضا لا غير او بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا او بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا او بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا او بالاولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا او بالثانية حيضا لا غير وفي هذه احد عشر وجها تطلق ثنتين او ينوي بكل منها حيضا او بالثالثة طلاقا لا غير او بالثالثة حيضا لا غير او بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير او بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وبالاخريين حيضا لا غير وفي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة او لم ينو بكل منها شيئا فلا يقع في هذا الوجه شيء والاصل انه اذا نوى الطلاق بواحدة ثبتت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شيء بما بعدها ويصدق في نية الحيض لظهور الامر بالاعتداد بالحيض عقيب الطلاق واذا لم ينو الطلاق بشيء منها وكذا كل ما قبل المنوي بها ونية الحيض مع واحدة غير مسبوقة بواحدة منوي بها الطلاق يقع بها الطلاق ويثبت بها حالة المذاكرة فيجري فيها الحكم المذكور لها بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة اريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وان هذا فيما اذا كان الخطاب مع منكوحة

وفي كل موضع يصدق فيه الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين

من ذوات الحيض فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالأول طلاقا وبالباقي تربصا بالأشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بين واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التأكيد كأنت طالق طالق طالق لا قضاء لأنه خلاف الظاهر وعلمت أن المرأة كالقاضي لا يحل لها أن تمكنه من نفسها إذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه وقد ظهر مما ذكرنا أن حال مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدمه من أنها حال سؤالها وسؤال الأجنبي طلاقها بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع ثم على هذا القائل أن يقول المذاكرة التي يصير الكناية بها ظاهرة في الإيقاع إنما هي سؤال الطلاق لأن ذكر الكناية لصلاحيتها للإيقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الإيقاع به فيمنع قبول دعواه عدم إرادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بإيقاع الطلاق مرة فإن الإيقاع مرة لا يوجب ظهور الإيقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا في الإيقاع حتى لا يقبل قوله في عدم إرادته بالكناية **قوله** وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية إنما يصدق مع اليمين إلخ قدمنا بيانه ونقله من الكافي للحاكم لزوم اليمين لما فيه من الإلزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيتقوى باليمين والأقرب أنه لنفي التهمة أصله حديث تحليف ركانة المتقدم فرع طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنا صارت بائنة وقال محمد رحمه الله لا تكون إلا رجعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون إلا واحدة لأن الواحدة لا تكون ثلاثا ولمحمد في الأصل أن جعل الرجعة بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه أنه يملك البائن لما ذكرنا تقريبا لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فإذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعله ابتداء كالوكيل بالبيع لا يملك البيع الفاسد فكان ملك الأصل ووصفه يملك الطلاق ووصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولي واعلم أن الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحقه الصريح لا البائن إلا إذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع أنت طالق وقع الطلاق عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولو قال أنت بائن لم يقع اتفاقا ولو قال إن دخلت الدار فأنت بائن ينوي الطلاق ثم أبانها فدخلت في العدة وقع عليها الطلاق آخر عندنا خلافا لزفر وإنما كان الصريح يلحق البائن لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وهنا العقد الحكمي باق لبقاء أحكام النكاح وإنما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض ولهذا لحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع والفرق عدم البائن البائن فلا إمكان جعله خبرا عن الأول وهو صادق فيه فلا حاجة إلى جعله إنشاء لأنه اقتضاء ضروري حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغي أن يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لأن أهليته ثابتة في المحل فلا يمكن جعله إخبارا عن أنها بائنة فتجعل إنشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلنا لأنه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا حين صدوره وأورد عليه أن مثله لازم في أنت طالق أنت طالق فلزم أن لا يلحق الصريح الصريح أجيب بأنه لا احتمال فيه لأن أنت طالق يتعين للإنشاء شرعا ولو قال أردت به الإخبار لا يصدق قضاء وفي مسألتنا لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذي وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق وقد عرفت أن الأمر الذي أطبقوا عليه أن المراد من البائن الذي لا يلحق إنما هو لفظ الكناية لأنه هو الذي ليس ظاهرا في الإنشاء في الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق أنت طالق وأنت بائن ولا تعم جعله مقابل الصريح ولا يقابله البائن إلا إذا كان كناية لأن الصريح أعم من البائن لأنه ما لا يحتاج إلى نية بائنا كان أو رجعيا والكناية ما يحتاج إليها بائنة كانت أو رجعية كما في الثلاثة الألفاظ اعتدي استبرئي رحمك أنت واحدة إلا أن في الخلاصة نقلا عن الزيادات الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وإن لم يكن رجعيا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا ذكر في

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار وإذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين

لان البينونة سابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح بغير القيد بابانة فما ذكر من انه لو ابانها ثم قال لها انت طالق باين يلغو باين هو ما ذكر من عدم القصد الاحتياج فكان ذكره وتركه سواء وما زاده في تعليل الالغاء في هذه المسئلة في الحاوي من قوله يلغو تصحيحا للكلام لا معنى له فقط مجرد الالغاء اقتصر في الخلاصة وحملها ذكرناه على هذا فما وقع في جلب من الخلاف في واقعة هي ان رجلا ابان امرأته ثم طلقها ثلاثا في العدة الحق فيه انه يلحقها لما سمعت من ان الصريح وان كان بائنا يلحق البائن ومن ان المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما وجهناه وفي الحقائق لو قال ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال كذا الامر آخر ففعل احدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين ينبغي ان يقع آخر قال هذا ينبغي ان يحفظ. **تتمة** في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لان البينة كذبتهما ولو شهدا انه طلق احدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة ولو شهدا انه طلق احداهن بغير عينها الزم شاه الايقاع على احداهن استحسانا وفي القياس هو الاول ولو شهد شاهد على طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تجوز على طلقتين وتأتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة واذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضي ان يضعها على يدي عدل حتى يأتي بالآخر يفعل ويدعها الى زوجها فان كان الطلاق بائنا وادعت ان بقية الشهود بالمصر شاهد عدل قال اجلها ثلاثة ايام وحال بينها وبين زوجها حتى تنظر ما يصنع في شاهدها الآخر فهو حسن ولو دفعها الى الزوج لا بأس به ولو شهد احدهما انه طلقها ثلاثا والآخر انه قال انت علي حرام ينوي الطلاق فهي باطلة وكذا لو شهد احدهما انه طلقها ان دخلت الدار وانها دخلت والآخر انه طلقها ان كلمت فلانا وانها كلمته وكذا ان اختلفا في الفاظ الكنايات وكذا في مقادير الشروط الذي علق عليها في التعليق والارسال ومقادير الآجال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها واذا شهد انه قال ان دخلت الدار فلانة فهي طالق وفلانة معها والآخر انه قال وحدها وقد دخلت فلانة تطلق وحدها لانهما اتفقا فيها وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا اذا شهدا على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة او على واحدة والآخر على واحد وعشرين او واحدة ونصف والاصل عنده انه في العطف تقع في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ وانفراد احدهما بخلاف الباين فلذا لا تقبل شهادتهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لان الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحد والانفراد فيها وسيأتي هذا الاصل في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهد انه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على انه سمى الاولى فقط جازت على الاولى ولو شهد انه قال طالق الطلاق كله والآخر على انه قال بعض الطلاق لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهد انه قال طالق والآخر انه اقر بالطلاق جازت وكذا ان اختلفا في الوقت او المكان او الزمان بان شهدا انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب احدهما ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الايام قدر ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة جازت شهادتهما ولو شهد اثنان انه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخران انه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت احدى البينتين فقضى بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها واذا قال الرجل لامرأته انت كما اكلت هذا الخبز فانت طالق فجاءت كل واحدة منهما ببينة انها اكلته تطلقان جميعا وان جاءت احداهما فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها وان كانت كلاما تطلقا

باب تفويض الطلاق **فصل في الاختيار** لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق بنفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف اصناف التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الامر باليد وبلفظ المشيئة **قوله** اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق يعني ينوي تخييرها فيه او قال لها

لأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر

طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك وإن طال يوما أو أكثر ولم تتبدل بالأعمال فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها خيار المجلس بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين قال ابن المنذر اختلفوا في الرجل يخير زوجته فقالت طائفة أمرها بيدها ما دامت في مجلسها فإن قامت من مجلسها فلا خيار لها وروينا هذا القول عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وفي أسانيدهم مقال وبه قال جابر بن عبد الله وقال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وفيه قول ثان وهو أن أمرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وبه نقول لأنه يدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستأمري أبويك وحكى صاحب المغني هذا القول عن علي فاعترض على نقل الإجماع والجواب أن الرواية عن علي لم تستقر فقد روي عنه كقول الجماعة ولذا نقل في بلاغات محمد رحمه الله أنه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمن وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون إجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم ثم من نقل من التابعين القول الأول ممن نقل عنهم الثاني وقوله في أسانيدهم مقال لا يضر بعد تلقي الأمة بالقبول مع أن رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي إلخ فضعيف لأنه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهو أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها ألا ترى إلى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا **قوله** ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جوابا في المجلس أورد لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكا كله لاثنين في زمان واحد وهو منتف فإنه لو طلقها بعد التخيير وقع وأيضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد رحمه الله على أنه يحنث وهو يقتضي أن تكون نائبة عنه وأيضا يصح عزلها كتوكيل المديون بإبراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بأنها عاملة لنفسها وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقه إثم على نفس الفعل ولا على الخلف في عدم فعله بخلاف الوكيل فإنه يخاف إن لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فإن تمليك الفعل بهذا أو لزوم انتفاء الملك بالتمليك في الأعيان لا في ملك الأفعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل ما مثلا وهو الاختصاص ومسألة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد رحمه الله والمنع مذكور في الزيادات لصاحب المحيط وأما المديون فوكيل وإنما وقع عمله في الإبراء لرب الدين باعتبار أمره وثبت أثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته وفي هذا نظر يجري في تطليقها نفسها بأن يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الإيقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتفاء لازمه لأن للدائن أن يرجع قبل الإبراء وسنذكر ما هو الأوجه واعلم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال في الذخيرة إن هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث إنه يبقى إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر أن التمليك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التمليكات ولكنه تمليكا يتم بالملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لكونه متضمنا معنى التعليق لأنه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى إذا بعته فقد أجزته والولايات لتضمنها إذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضي أن لا يصح الرجوع والعزل فيها فلا حاجة إليه لهذا المعنى لا تبتنيه على ما ذكرنا لكن إذا كان الملك يثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف

To: www.al-mostafa.com

إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض إذ القيام يفرق الرأي بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره قال فإن قالت اخترت نفسي في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون ثلاثا وإن نوى الزوج ذلك لأن الاختيار لا يتنوع بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع **قال** ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لأنه عرف بالإجماع وهو في المفسر من أحد الجانبين ولأن المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الإبهام ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لأن كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له

سائر التمليكات من حيث إنه يبقى إلى ما وراء المجلس بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التي يثبت الملك عندها وإنما خالفنا بما ذكرناه وباعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه إجماع الصحابة واعلم أن الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق أما لو قال طلقي نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره وإذا فوض وهي غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في هذا اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت خرج الأمر من يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى يبطل خيارها في المجلس وليس للزوج أن يرجع قبل انقضاء المجلس لأنه بمعنى اليمين إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق **قوله** إذ مجلس إلخ لو كانا يتحدثان فأخذا في الأكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الأكل فلو انتقلا إلى المناظرة انقضى مجلس الأكل وجاء مجلس المناظرة ولو غيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لأن العطش قد يكون شديدا يمنع من التأمل ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهودا بخلاف ما لو أكلت ما ليس قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج قسرا فإنه يخرج الأمر من يدها لظهور الإعراض به ووجهه في الإقامة أنها يمكنها ممانعته في القيام أو تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الإعراض وكذا إذا خاضت في كلام آخر قال تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره أفاد أنه إعراض عن الأول **قوله** ثم لا بد من النية أي نية الطلاق في قوله اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها بالإقامة على النكاح وعدمه ويحتمل تخييرها في غيره من نفقة أو كسوة فإذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه إلا إذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم أنو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا إذا كانا في غضب وإذا لم يصدق في القضاء لا يسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل **قوله** والقياس أن لا يقع بها شيء لأن التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فلو قال اخترت نفسي منك واخترتك من نفسي ناويا لا يقع إلا أنا استحسنا الوقوع باختيارها بإجماع الصحابة رضي الله عنهم **قوله** ولأنه بسبيل إلخ ظاهره أنه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس فيقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وإنما يقتضي جواز إقامتها مقامه في الفراق والطلاق فيقابل ما يقتضي أن لا يقع به لأن إقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس **قوله** ثم الواقع بها بائن يروى عن زيد بن ثابت أنه ثلاث وبه أخذ مالك في المدخول بها وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم واحدة رجعية وبه أخذ الشافعي وأحمد وثبت عن علي أن الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على أن الطلاق يعقب الرجعة إلا أن تكون الطلقة الثالثة وأنت علمت أنه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم إخراج الطلاق بما دل على البينونة من الألفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها إذا اختارتها لأنه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة وإلا لم تحصل فائدة التخيير إذ كان له أن يراجعها في الحال شاءت أو أبت وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روي عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ثم هي غير متنوعة لأنه إنما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث في قوله اختاري وإن نواها بخلاف التفويض بقوله أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لأن الأمر شامل بعمومه لمعنى الشأن والطلاق فكان من أفراده ولفظ المصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق أن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس بإجماع الصحابة وإجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل أي بائن ونحوها فإن الوقوع يتحقق بنفس الألفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة وفيه نظر لانتفاء إجماعهم على الواحدة لما قدمناه من قول زيد بن ثابت أن الواقع به ثلاث ثم لا يخلو الاستخلاص **قوله** ولا بد

لا يحتاج إلى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما
أن ذكر الأولى وما يجري مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد وله أن هذا وصف لغو
لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والإفراد من ضروراته فإذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء ولو قالت
اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لأنها للمرة فصارت كما إذا صرحت بها ولأن الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلاث فمع التأكيد
أولى ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة

ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت ففي لفظ لمسلم بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة
رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لا يقال قد ذكرت أن التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس من التكلم فيه بل الأحسن لو اقترن المنقول
لأن المقصود الاستدلال باعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه في الحال وقول المصنف ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال
هو أحد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار حمله للحال خاصة أو مشتركا فالمعين هنا المراد وهو معنى الحال بقرينة
كونه إخبارا عن أمر قائم في الحال وذلك يمكن في الاختيار لأن محله القلب فيصح الإخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الإخبار كما في الشهادتين ولا يتأتى
بخلاف قولها أطلق نفسي لا يمكن جعله إخبارا عن طلاق قائم لأنه إنما يقوم باللسان فلو جاز قام به الأمران في آن واحد وهو محال وهذا بناء على أن الإيقاع
لا يكون بنفس أطلق لأنه لم يتعارف فيه وقدمنا أنه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا إن قصد لأنه إنشاء لا إخبار **قوله** ولا يحتاج إلى نية
الزوج دلالة ذكر نفسها ذكره في الدراية لأن في لفظه ما يدل على إرادة الطلاق وهو التعدد وهو إنما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد
عدم الاحتياج إليها في القضاء حتى إذا قال لم أنو لم يلتفت إليه ويفرق بينهما لا عدم الاحتياج إليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير
كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وإن كرر وما في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بألف ينوي به الطلاق فاشترط النية مع المال
والتكرار فضلا عن أحدهما وهذا لما عرف أن الأحوال شروط لكن في شرح الزيادات لقاضي خان لو كرر فقال أمرك بيدك أمرك بيدك
بالفاء أو الواو فقالت اخترت نفسي وقال الزوج لم أنو الطلاق كان القول قوله لأن التكرار لا يزيل الإبهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه
فتحقق في المسألة خلاف بين المشايخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابي وغيرهما وشرط أبو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيخان ثم
من استشهد بما استشهدنا به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ولا ينبغي بعده في مسألة الكتاب
لأن ذكر المال ظاهر في إرادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي إذا أنكر إرادة الطلاق والمعنى الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الأمر
أي لا يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الأمر لأن الأصل أن إثبات أجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب إنما هو بالنسبة
إلى نفس الأمر وليس كل ما يشترط في نفس الأمر يشترط للقضاء عنده إلا مع ذلك ما ذكره القاضي من أنه لو أنكر الطلاق يقول لم أنوه فالقول قوله لا اشتباه لعبد
لأن تكرار الأمر باليد أو الاختيار لا يصير ظاهرا في الطلاق لجواز أن يريد اختاري في المال اختاري في المسكن ونحوه وهو كما عندك حيث يصدق في الكتابة الطلاق لإمكان إرادة
العتق ثم الله سبحانه أعلم وفي البدائع لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقيين التأكيد لم يصدق
لأنه لما نوى بالأولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط ظاهر وقال في الكافي في مسألة الكتاب
قيل لا بد من ذكر النفس وإنما حذف لشهرته لأن غرض محمد التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا ينبغي أن حذف النية في الجامع الصغير لذلك
قوله إن ذكر الأولى وما يجري مجراه إن كان لا يفيد الترتيب يعني هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة فإن بطل الثاني في خصوص
هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك أعني الثلث التي ملكتها بقوله اختاري ثلاث مرات إذ حقيقة الترتيب في الأفعال لا الأعيان كما يقال
سلام ... لم يبطل الآخر فيجب اعتباره **قوله** والكلام للترتيب ذكر في المبسوط لأبي حنيفة رحمه الله وجهين أحدهما أن الأولى نعت للمؤنث فإنما
يذكر لوصف والمذكور هنا الاختيارة فكأنها قالت اخترت الاختيارة الأولى أو المرة الأولى ولو قالت ذلك طلقت ثلاثا والآخر أنها أتت بالترتيب

فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة ولو قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فيما لا يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وهذا تتم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه تبعيض جواب قولهما ان كان لا يفيد من حيث الترتيب الى آخره لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم نسبه الى كلهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منها مدلول ليس احدهما تبعا للآخر حتى الغاهما في حق الاصل لغا في حق البناء هو الافراد واذا الغيا بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيتقن هذا اختاره الطحاوي قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تقتضيه فقد يكون احد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضروراته فيقتضي التبع باعتبار المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلحظ المفرد فيه حقيقيا او اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل ابي حنيفة رحمه الله بان الترتيب ثابت في الالفاظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فتصدق وصفها بالاولى والوسطى الخ باعتبار ان قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت نفسك التطليقة الاولى او كلمتك الاولى ولا معنى له اصلا بعد فرض هذا وصفا للطلاق وابعد من رام الدفع عنه بان المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمة فقط بل بكلمة امرية بها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت اختيارة او الاختيارة او مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة او اختيارة واحدة يقع الثلاث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بال لزم كله **قوله** فهي واحدة يملك الرجعة وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية ووجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به ايقاعه والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به ما ملكته لانها لا تملك الا ما ملكت الا ترى انه لو امرها بالبائن فاوقعت الرجعي او بالعكس وقع ما امرها لا ما اوقعته فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا للاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شئ الا عند زفر رحمه الله وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد **قوله** لكن بتطليقة فقيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقي نفسك اجيب بان آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له **فروع** قال انت طالق ان شئت واختاري فقال شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختاري اختاري اختاري بالف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلا شئ والثالثة بالف لانها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشرط كذا لو قالت اخترت نفسي اختيارة او واحدة او بواحدة ولو قالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة تطلق ثلاثا بالف على قول ابي حنيفة رحمه الله وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شئ ان قالت اخترت الاولى او الوسطى وبالف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة في واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحد فلا يكون جوابا من الكل بل البعض فبعد ذلك تسئل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى او الثانية وقعتا بلا شئ او الثالثة بانت بالف ولو قالت اختاري واختاري واختاري بالعطف بالواو فالجواب بالثلث للعطف فلو قالت اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شئ لان الواحد لو وقعت ثبت البدل ولم يرضه ولو قالت اخترت الاولى او الثانية او الثالثة وقعت ثلث بالف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلث الالف ولو قال لها اختاري

فصل في الأمر باليد وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثاً فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الأولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها وكلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك لأنه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لأنه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وإن ردت الأمر في يومها بطل الأمر في ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الأمر إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر وقال زفر هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والأمر باليد يحتمله فيوقت الأمر بالأول ويجعل الثاني أمراً مبتدأ ولو قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل في ذلك فإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في غد لأن هذا أمر واحد لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين

من ثلاث تطليقات ثبتت فلها اختيار واحدة أو اثنتين عند أبي حنيفة رحمه الله لأن من للتبعيض وعندهما لها أن تطلق نفسها ثلاثاً لأنها للبيان وهي معروفة

فصل في الأمر باليد قدم التخيير لتأيده بإجماع الصحابة رضي الله عنهم والأمر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلاث فإنها تصح هنا لا في التخيير واعلم أن التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحته قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لأنه يملك تطليقها فله أن يملكها بكل لفظ يفهم التفويض لأن لفظ اختاري نفسك يفيده وعلى هذا لا يتجه تقييد التفويض بلفظ اختاري ثابتاً بإجماع الصحابة رضي الله عنهم نصاً بخلافه بلفظ الأمر باليد فإنه وإن لم يعلم فيه خلاف لكنه لم يقع به ذلك النقل صريحاً وإنما افترق البابان في القياس والاستحسان في الإيقاع بلفظ الاختيار فإن إيقاعها به إنما يجوز استحساناً بإجماع الصحابة لا قياساً لأن الزوج لا يملك الإيقاع به فلا يملكه لما ملك إذ لا يكون في ملكها فوق ما في ملكه وبهذا تساوى البابان فإن إيقاعها بلفظ اخترت نفسي تقع في جواب أمرك بيدك كما يقع في اختاري وأما الإيقاع بلفظ أمري بيدي ونحوه فلا يقع قياساً ولا استحساناً فصلاً لحكم حول الحمى وسد باب الزلل مخافة **قوله** وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثاً أي ينوي التفويض في ثلاث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلاثاً والوقوع مبني على صحته جواباً فأفاده بقوله لكونه أي الأمر باليد تمليكاً كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقي نفسك فإنه تمليك كالتخيير ولا يقع اخترت نفسي جواباً له حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر رحمه الله وجواب شمس الأئمة بأن الاختيار أضعف من لفظ الطلاق وكذا لو قالت طلقت نفسي فإنه جائز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وإن أجازه ولا يملك هو الإيقاع به فيصلح الأقوى جواباً للأضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الأقوى يصلح جواباً للأضعف بلا عكس يحتاج إلى التوجيه ويمكن كونه لأن الجواب العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقاً أو مساوياً وفرق قاضي خان في شرح الزيادات بأن قولها اخترت مبهم وقوله طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جواباً للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في أحد الجانبين ثم أفاد الثاني بقوله والواحدة أي لفظ واحدة صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث وكان الظاهر أن يقول باختيارة واحدة إذ جعلها صفة لها لكنه قصد التنبيه على أن موجب وقوع الثلاث لو صرحت بقولها باختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فإن الاختيارة ليست إلا المرة من الاختيار وإذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الخيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلاث ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكسبته بمرة واحدة وخرجت عنه بمرة واحدة فعلى هذا يكون من باب الإيراد به الإبلاغ ما قيد به من الترك مثلاً والكراهية والإعراض منتهاه واحدة وبعضهم أنه ينبغي أن يقع به طلقة واحدة لأن بواحدة تحتمل كونها صفة طلقة ولا جل أمرها بيدها في التعليق فقولها اخترت نفسي بواحدة تحتمل كلاً من إرادة الموصوف طلقة واختيارة فإذا لو نواه ولم يكن له نية تقع واحدة والجواب أن الاحتمالين لم يتساويا فإن خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما إذا أجابت بطلقت نفسي واحدة حيث يقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضاً وبهذا يقع الفرق بين جوابها طلقت نفسي واحدة حيث تقع واحدة بائنة واخترت نفسي بواحدة حيث تقع ثلث وإنما كان التطليقة بائنة لأن التفويض إنما يكون في البائن لأنها تملك أمرها وإنما تملكه بالبائن لا بالرجعي وإذا علم أن الأمر باليد جاز إرادة الثلث فإذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعدما طلقت نفسها ثلثاً في الجواب يحلف أنه ما أراد به الثلث **قوله** وقد حققناه من قبل أي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع **قوله** ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد

وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع وجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم أو زوجها لم يبق لها الخيار في الغد فكذا إذا ردت لأن المخير بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما

لم يدخل فيه الليل أي حاصله أن قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين أحدهما أنها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الأمر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا يملك طلاق نفسها غدا أي نهارا وتملكه ليلا والفرق مبني على أنه تمليك واحد في اليوم وغدا وتمليكان في اليوم وبعد غد وجعله زفر في الكل تمليكا واحدا لم يثبت لها الخيار بعد الغد إذا ردته اليوم قياسا على طالق اليوم وبعد غد حيث لا يقع إلا طلاق واحد فكذا يكون هنا أمر واحد على أمرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت فإذا وقع تقيد به اتفاقا فيلغو ذكر بعد غد سواء لا يقتضي طلاقا آخر أما الأمر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير أن عطف زمن على زمن مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصد تقييد الأمر المذكور بالأول وتقييد أمر آخر بالثاني وإلا لم يكن لهذه الطفرة معنى وإذا كان ذلك كذلك صار تعبيره لفظ يوم مفردا غير مجموع إلى ما بعده في الحكم المذكور لأنه صار عطف جملة أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد فلو قال أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فإنه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك يومين فيدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على أن في المجلس ما روى ابن رستم عن محمد إذا قال طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا فيتجه قياسه وأيضا في طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم في الغد لأنها طالق فيه أيضا بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد للاتفاق على أن لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه وقول المصنف ولا يدخل الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التمليك المضاف إلى اليوم وغدا لأنه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى ولا يدخل الليل ومجلس المشورة لم ينقطع **قوله وعن أبي حنيفة** في مسألة أمرك بيدك اليوم وغدا أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا رواه أبو يوسف عنه وجهه أن المرأة لا تملك رد الإيقاع الزوج وتنجزه فكذا لا تملك رد الأمر لأنه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالإيقاع منه وحاصله أن ردها لغو فلها الخيار كما كان فلها أن تختار نفسها في الغد ويقتضي هذا أن لها أن تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه أيضا وصار كقيامها من المجلس بعدما خيرها في اليوم وغدا فإنها لا تبطل حيث لا يخرج الأمر من يدها وتحقيق وجه الظاهر أن ثبوت هذا الملك شرعا باعتبار ما عهد من انقضاء مجلس العلم أو المخاطب بلا اختيار شيء أو بفعل ما يدل على الإعراض أو اختيارها زوجها فإذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الإيقاع منها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بمدة إلى الإجماع على خلاف القياس مع أن توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الإجارة والأوجه تشبيهه بالعارية لأنها ليست في كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثاني أن توقيتها ليس بمدة معينة لأن انقضاء المجلس ليس مضبوطا بكمية أو تقدير يوما أو يوما وأكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الإعراض بخلاف الإجارة وأما تقريره بأن المخير بين الأمرين إنما له اختيار أحدهما فلها إذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود إلى النكاح كذلك إذا اختارت زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها أعني أن الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد إذ اعتبرت نظير التمليك وقد قلنا إن هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية أبي يوسف رحمه الله على اختيارها زوجها ولا شك أنها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حمله على ما يكون بلفظ الرد ونحوه بأن تقول عقيب التمليك والتخيير رددت التفويض أو لا أطلق ويكون هذا إعطاء لفظ الرد حكم ويكون هو مستنبطا فرعا في الذخيرة حيث قال لو جعل أمرها بيدها ولم يوقت فقالت الزوجة لا أريد بعد هذا المسألة مروية عن أصحابنا وبهذا ذكرنا تندرج المناقضة الموجودة في الأمر باليد

بالكلام حتى لا يصح رجوعه عنه لأن فيه معنى اليمين ... لأنه تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق ... المجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالأخذ في عمل آخر ... ويخرج الأمر من يدها أيضا بالإعراض لأنه دليل الإعراض إذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما إذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو يدل على الإعراض وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كان فيه قال وإن كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي وإن كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت فهي على خيارها لأنه انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضا كما إذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه هذه رواية الجامع الصغير وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضا والأول هو الصحيح وإن كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله ولو قالت ادعوا أبي أستشيره أو شهودا أشهدهم فهي على خيارها لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الإنكار فلا يكون دليل الإعراض وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها

جوابا واستدل عليه بنا في المجلس ولم يستدل على أنه تمليك بقوله لأن المالك هو الذي يتصرف برأي نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه وأما الوكيل فيتصرف برأي نفسه وكأنه ترك للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه ومتحقق ما ذكر في وكيل لينفرد الوكيل في المشيئة إن شاء الله تعالى وقدمنا ما في قوله يستدعي جوابا في المجلس فالصواب إسناد الاقتصار على المجلس إلى إجماع الصحابة رضي الله عنهم حيث قالوا لها المجلس **قوله** ثم إن كانت تسمع أي تسمع نفسه بالتخيير اعتبر مجلسها ذلك أي مجلس سماعها وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها على ما ذكرنا وإن هذا تمليك فيه معنى التعليق أما أنه تمليك فما تقدم من أنها عاملة لنفسها وأما أن فيه معنى التعليق فلأن الإيقاع وإن كان من غير الزوج إلا أن الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج فكأنه قال إن طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق والظاهر أن كلها أمكن ترتيبها على التمليك فمنها صحة التوقيت على أنه تمليك منفعة وقدمنا أن إلحاقها بالعارية أقرب ثم صحة التوقيت لا يوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول أمرك بيدك شهرا أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذي تحقق في الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الأمر أيضا عليه أو مبناه على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا أنه لا يحتاج إلى القبول والاقتصار على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف إنه تمليك وهو يستدعي جوابا في المجلس وتقدم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك في المجلس القبول وليس الكلام فيه بل استداده في تمام المجلس إثر ملكه وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه بإجماع الصحابة منه لحق تعلق قوم في كلام بعضهم أن تعليقها نفسه القبول تمنا لا يتم إذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكها وأما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتمليك لأنه لو ثبت لزم بالقضاء والرضا فقد ظهر أن جميع الآثار يصح ترتيبها على جهة الملك هنا فلا حاجة إلى اعتبار جهة التعليق وقولهم لأنه قال لها إذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن إجراؤه في الوكالة كأنه قال للنائب متى عقدت بيعك والولاية كأن الإمام قال له إذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمناه والاعتبارات التي لا أثر لها كثيرة دائرة في الإمكان **قوله** وقوله أي قول محمد رحمه الله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادعوا لي أبي أستشيره أو الشهود وما أشبه ما هو على الغرة من غير أن تقدم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله في قوله اختاري وطلقي نفسك وأنت طالق إن شئت وكذا إذا قال لأجنبي أمر امرأتي بيدك فطلقها إذا شئت أو إن شئت أو أعتق عبدي إذا شئت بخلاف قوله بعه إن شئت لا يقتصر على المجلس لأن البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها بطل وذكر المرغيناني أن كل من عنده الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما إذا أقيمت كرها وقيل إذا لم تنتقل لم يبطل وإن انتقلت ففيه روايتان ولو نامت قاعدة أو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت إلى الشفع الثاني بطل إلا في سنة الظهر عن محمد رحمه الله وهو الصحيح ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لأن قولها لم لا تطلقني ليس ردا لكنه بعد الطلاق قيل فيه نظر لأن قولها لم إلى آخره كلام زائد فيبطل به المجلس وفيه نظر لأن الكلام المبطل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الأول وأخذا في غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق **قوله** والأول أصح أي ما ذكر في الجامع الصغير أصح مما ذكر في غيره وهو الأصل لأن من جلسة

وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الاقل مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلاث وينصرف الى الواحد عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق [illegible] ولو نوى الثنتين لا تصح [illegible] الا اذا كانت المنكوحة امة [illegible] وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لها ابنتك ينوي به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة ينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق [illegible] وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع شيء بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق [illegible] وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

امر قد يستبد لاجل التفكر لان الاستناد والاتكاء سبب الراحة كالقعود في حق القائم وللاندفع جلسته فلا يتغير به الثابت للمجالس **قوله** وان سارت بطل قيل لو قالت بنفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لانها لا يمكنها الجواب باسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذ كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة او المحمل او لا ولو كانت راكبة فنزلت او تحولت الى دابة اخرى او كانت نازلة فركبت بطل خيارها وفي المحمل يقودها الجمال وهما فيه لا يبطل كذا في النهاية لانه والاقيد كالسفينة **قوله** والسفينة كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها بل الى غيره من الريح ودفع الماء فيما الحقيقة كالنهل فلا يبطل الخيار بسيرها بل بتبدل المجلس وعن ابي يوسف رحمه الله ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

فصل في المشيئة

قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها سواء اوقعتها بلفظ واحد او متفرقا وانما صح ارادة الثلاث لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم فيه الا ان العموم في حق الامة ثنتان وفي حق الحرة ثلث وقد تقدم **قوله** وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت اي رجعيا ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بابنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من الفاظه التي تستعمل في ايقاعه كناية فقد اجابت بما فوض اليها بخلاف الاختيار ليس من الفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت ابتداء ابنت نفسي توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل لا تلحقه اجازة وانما صار كناية باجماع الصحابة فيما اذا حصل جوابا للتخيير الا انها زادت وصفا تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الاصل لا يقال قد صح جوابا للامر باليد فانه لو قال امرك بيدك [illegible] فيثبت جوابا له بدلالة نص جاء في التخيير وهذا لان قوله امرك بيدك ليس معناه الا [illegible] تخييرها في امرك الذي هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فحيث جعل جوابا بالتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير حيث جعل [illegible] بخلاف طلقي لانه صريح الطلاق لا تخيير فيه [illegible] الامر من يدها بالاشتغال بالاتيان في ذلك الامر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع بجوابها بابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت نفسي كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة او قال ثنتا فطلقت الفا لا يقع شيء والجواب منع مخالفته فيما في الاصح الاول ظاهر وكذا في الثانية لان الايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون هذا منشأ الخلاف وما نحن فيه ليس مخالفة في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذ الوصف تابع [illegible] ان المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيما في الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس كذلك اذ لو وقعت على الموافقة [illegible] كان الواقع هو الواقع بالتطليقة الا ان الخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى فلا يعتبر لان الاصل في الايقاع هو المعنى في غير خلاف فيه [illegible] **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ليس له ان يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وكذا قوله لاجنبي طلقها او قول اجنبي لها طلقي نفسك لانها عاملة فيه لغيرها كالمديون في ابراء ذمته بقول الدائن له ابرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمناه والتوكيل استعانة فلو لزم [illegible] الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقد مر عدم ظهور الفرق بين طلقي وابرئي ذمتك اذ كل ما يمكن [illegible] في احدهما يمكن في الآخر وان عدم قبول الرجوع ايضا [illegible] على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على انه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى تفرعه على معنى التعليق [illegible]

[illegible] فردت الأمر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس لأن كلمة متى ومتى ما عامة في الأوقات كلها فصار كما إذا قال في أي وقت شئت وإن قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله أن يرجع لأنه توكيل واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة وقالا تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوض إليها [illegible] لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة [illegible] بخلاف الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسألة الأولى لأنها ملكت الثلاث أما هاهنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض إليها فلغت

[illegible] يكن مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع من توكيل وولاية وأما الاقتصار على المجلس فمحل الإجماع على خلاف القياس **قوله** وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده وكذا إذا شئت وإذا ما شئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول أبي حنيفة في إذا شئت ما عنه في إن لم أطلقك [illegible] فلا يقتضي بقاء الأمر في يدها وجه جواب المصنف بأنها يمكن أن تستعمل شرطا وأن تستعمل ظرفا والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك [illegible] فصار كما إذا قال في أي وقت شئت [illegible] وإنما تملك ما ملكت وإنما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبعد تبين أن هذا إضافة للتمليك [illegible] ومن فروع ذلك ما لو طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها وتقدم مثله في أول باب إيقاع الطلاق ما يوجب [illegible] الطلاق من كلام من الوقوع بمجرد الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى **قوله** وإذا قال الرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وللقائل أي الموكل أن يرجع لأن هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم وله أن يرجع فلا يقتصر والوكيل له أن يفعله بعد المجلس بخلاف قوله طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والأول وهو قوله للرجل طلق امرأتي إذا لم يذكر مشيئته سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه وكيلا كان أو مالكا يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت لا يقتصر على المجلس أجيب بأن ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في أنه إذا أثبت له المشيئة فعلها موجب اللفظ تمليكا لا توكيلا لأن تصرف الوكيل لغيره وإنما هو من مشيئة ذلك الغير وإنما كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فإنه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء [illegible] فلذلك متى أفاد [illegible] صرح المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لأنه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك ويبقى الإذن والتصرف بمقتضى مجرد الإذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه إشكال لأن البيع وإن لم يتعلق بالمشيئة بل المعلق بها التوكيل بالبيع وهي تقبل التعليق ولأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل وذلك لأن التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله المعلق بالمشيئة غيره بل هو تحقق فرع منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق الوكيل وعدم القبول مع الرد إلى هنا تم من المصنف [illegible] وصف التمليك مرة بأنه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه ومرة بأن يعمل بمشيئة نفسه فليس الرأي هو المشيئة [illegible] والعمل لنفسه [illegible] باعتباره على مطابقة أمر الآمر من غير اعتبار معنى الأصولية في متعلقاتها بل هي والإرادة تخصيصان الشيء بوقت وجوده [illegible] ولا تقتضيها الوكالة وهو مشترك بين العامل برأيه هو الذي لا يغلبه على رأيه ما ينفعه في فعل أو ترك والوكيل [illegible] ما يغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل أن لم يفعل فإنه إذا وكله فرضي كان وعدا بفعل ما استعانه فيه فلذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فإنها لا تعد مخالفة بترك الطلاق إذا لم تقسره عليه فإنه شرعي فظهر أن الوكيل ليس عاملا برأي نفسه مطلقا والثاني بأمر المديون بإبراء نفسه وقدمنا ما في جوابه من النظر ولو تم استقض بالتفويض إلى الأجنبي فإنه قطعا ليس [illegible] بغير [illegible] والثالث أقرب والله أعلم بالمعول عليه **قوله** وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها ملكت إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت كالزوج نفسه ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة [illegible] وقالا تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا وكذا لو طلقت نفسها واحدة وواحدة وواحدة تقع [illegible] المسألة

[illegible]

[illegible] ... بقع الطلاق ... [illegible]

[illegible] ... اذا ... [illegible]

[illegible]

او انت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي صرتي وقول العبد في جواب اعتق نفسك اعتقت نفسي فلا حيث يقع ثلث في الاولى

ويرجعي في الثانية والثالثة وتطلق في عتق موصوف من قراره والى حنيفة رح انما انت بغير ملفوض اليها بعيد اختيو قف على الطلاق الثلث وهذا

شرح الجواب ما بعد الاولى من الصور الاشارات السابقة ثم المخالفة بالابدة فلا تقبيد وجها في لعنت لطلقه ان شاء طلقت نفسي ثلثا طالبا [illegible]

وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاولى اي الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكذا اذا امرها بالثلاث في ضمن ثبت القدر الذي ... [illegible]

في المسئلة الاولى وهي قوله طلقي نفسك ثلثا الملكها ... لانها املك الثلث لانه انما ملكها الواحدة ... [illegible]

مالكية للاباعتبار ما تصرفه من الامر بعدم الموافقة وحقيقة الفرق انه ملكت الواحدة وهو في ثبت الواحد ... الواحدة التي في ضمن ... [illegible]

منه ... قوله الثلث اسم لعدد مركب ... الواحدان والواحد لا تركيب فيه فكان بينهما تضاد ... في المسئلة الاولى ... [illegible]

في الثلث انما هو ... الثلث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستقيم ... وقع في لفظ المصنف قوله الثلث ... الواحدة ... لم تكن ... [illegible]

الا ... بان ... في الاصل ... جيب بان ذلك في الاصل الموجودة بخلاف ... الطلاق ...

... اصطلاح المتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض ... الاصطلاح ... [illegible]

غير ... اثبات المطلوب ... ان يقال فوض اليها الواحدة ... الثلاث ... [illegible]

وعليه ما ... المصنف ... بلفظ غير ومجازا قوله ولو امرها بالطلاق ... فطلقت ... [illegible]

رجعيا ... ان يقول طلقي نفسك واحدة املك الرجعة ... طلقت نفسي واحدة بائنة ... رجعية ... [illegible]

وزيادة ... كما ذكرنا ... الوصف ويبقى الاصل ... معنى الثاني ان يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي ... [illegible]

لان ... الزوج ... المفوض اليها في الصورتين ... الى الاصل الايقاع ... [illegible]

... الوقوع ... على التقديرين ... [illegible]

في الوصف ... الذي ... بخلاف ما اذا كانت في الاصل ... [illegible]

واحدة فطلقت ثلثا على قول ابي حنيفة ... فطلقت ... طلقي نفسك قوله ... [illegible]

نفسك ثلثا ... طلقي نفسك ثلثا ... ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ... قوله ان شئت ... [illegible]

الا ان معناه ان شئت الثلاث ... الثلث ... الشرط ... الا الواحدة ... [illegible]

نفسك واحدة فطلقت ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة ... واحدة عندهما ... ان شئت ... ابو حنيفة ... [illegible]

الثلث ليست مشيئة الواحدة ... الشرط ... مشيئة الثلث مشيئة الواحدة ... الواحدة ... [illegible]

قوله ... انت ... شئت ... شئت ان شئت ... الطلاق ... الامر ... [illegible]

... الطلاق ... شئت ... [illegible]

... شئت ... [illegible]

وأما كلما فإنها تفيد العموم ... عند أبي حنيفة لأن كلما يستوي ... [illegible]
أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لأن كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم
ثم إن عادت إليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها لم يقع شيء لأنه ملك مستحدث وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لأنها توجب عموم الانفراد
لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها
لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو
ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لأن له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان

لأنه قال في أي وقت شئت فلم يرتد بردها لأنه لم يملكها في الحال شيئا بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد
قال ليس هذا تمليكا في الحال لأنه صريح بطلاقها معلقا بشرط مشيئتها فإذا وجدت المشيئة وقع طلاقه ولهذا لو ذكر في طلاقها نفسك إذا شئت لكانت تعرف
بحكم الملك بخلاف ما لو قال طلقت نفسي في هذه المسألة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق به قولها طلقت إيجاد الشرط الذي
هو مشيئة الطلاق على تقديرات المشيئة تعلقت الإيجاد ثم لا تملك تعليق نفسها إلا مرة واحدة لأنها لا تعم الأزمان إلا الأفعال بخلاف كلما قوله
وأما إذا فإذا أو إذا ما فهي كمتى عندهما فلا تكون كمتى يكون حكم إذا وإذا عند أبي حنيفة رحمه الله وإذا كانت إذا تستعمل للشرط المجرد عن معنى الزمان
كما تقدم وكما تستعمل للوقت أيضا مجردا عن معنى الشرط وقد عرفنا به فكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله أنت طالق
إذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بثبوت ضده وهو وقوع الطلاق إلا بيقين وهو بأن يراد به الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق
إلا بالموت وفي أنت طالق إذا شئت صار الأمر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس إلا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها
فلزم الصبر فصار ... مجرد الشرط فلا يتقيد بالمجلس كما إذا قال أنت طالق إن شئت تارة يتقيد بالمجلس ... [illegible]
... تقدم أنه إياه ... وقدر ... في فصل إضافة الطلاق بهذا الوجه في تقريره غير هذا وهو أن قوله إذا شئت يحتمل التعليق
... الشرط ... مشيئتها وأنه إضافة إلى زمانه ... حتى لا يرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت شئت ذلك الطلاق
أو قالت طلقت نفسي وقع ... إلا أن قال المصنف من أن الأمر ... فلا يخرج بالشك ... ثبت حكمها بالتمليك
بالملك في المراد ... محض الشرط ... من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج ... حتى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة ... إلا
في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد على ما ذكرنا فالذي يحصل في ملكها بتحقق الشرط والمضاف إليه الزمان هو مشيئتها الطلاق
... في قوله أنت طالق كلما شئت ... أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة ... وتعلق بمباشرة الشرط ... التعليق منه
أي تقول شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط ... في قوله طلقي نفسك كلما شئت قوله إلا أن التعليق ... أجرا
من ... موجب كلما تكرار الأفعال ... إذا طلقت نفسها ثلاثا وعادت إليه بعد زوج ... ملك طلاقا ... لهذا
... لكن التفويض ينصرف إلى الملك القائم ... الملك الذي هو ... إليه ... التفويض إلى عدم
الملك ... في الملوك ... تكرار التفويض ... هو الثلاث فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها
... ثم عادت إلى الأول ... تطليقات ... في مسألة الهدم قوله وليس لها أن تطلق
نفسها ... لأنها ... الاجتماع ... نفسها ثنتين ... ثلاثا أو ثنتين وقع عند ... واحدة
لا يقع شيء بناء على ما تقدم من أن ... الواحدة ... قوله ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء
ويتقيد بالمجلس ولو قامت من قبل المشيئة فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة
فيقتصر على المجلس ... إذا ... المكان صار أنت طالق شئت ... يقع للحال ... بجعل الظرف مجازا
عن الشرط ... [illegible]

وإن قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلثا عند أبي حنيفة وقالا تطلق ثلثا إن شاءت لأن
كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما إذا قال كل من طعامي ما شئت أو طلق من نسائي من شاءت

كيف شئت على قوله وهذا لأن كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس إلا العدد فإذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلو قعت
شيئا لم تشاء القياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلثا الإباحة للزوج لكن روى الحسن عن أبي حنيفة رح أنه يباح لها [illegible]
في الفوائد الظهيرية في المسألة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلثا على قولهما أو ثنتين على قول أبي حنيفة رح لا يكره لأنها مضطرة إلى ذلك لأنها
لو فرقت خرج الأمر من يدها بخلاف الزوج فإنه لا ضرورة له في الجمع ذلك وعلى هذا فما في أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسألة من قوله إن شاءت طلقت نفسها
واحدة أو ثنتين أو ثلثا ما لم تقم من مجلسها لا الاحتياج إلى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة ثم الواحد صح على اصطلاح الفقهاء لما تكرر لهم
من إطلاق العدد وإرادته والمختار فهو لم العدد فتقريره وتقريره واحد وهو أن كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما لم يقع الشك في تفويض
العدد فلا يثبت أجيب بأنه معارض بالمثل بأن يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته
فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد بأن التفويض تمليك مقتصر على المجلس لم يكن وقتا وإنما يكون لو كانت مجردة
بمعنى العدد فإنه المتبادر من قولك بخلاف الزمان فإنه إنما يتبادر حالة وصلها بدوام نحو إن أردت الأمر بأن قالت إلى أطلق كان وإلا لا [illegible]
وكل وهو قول الخطاب في الحال احتراز عن إذا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال **قوله** فإن قال لها طلقي نفسك

من ثلث ما شئت فلها أن تطلق واحدة وثنتين بالاتفاق واختلفوا في الثلث فلا تطلق عند أبي حنيفة رح ثلثا وبه قال الشافعي وأحمد رح وتطلق عندهما
إن شاءت لأن كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من تستعمل للتمييز أي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان وغيره صلة ليغفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا نحو أكلت
من الرغيف فيحمل على تمييز الجنس محافظة على عموم ما لأنه بيان الجنس فخالف لو حملت على التبعيض لأنه يكون بيان المراد الثلث من الطلاق دون سائر الأعداد منه
وإن كان لا يتصور في الطلاق عدد إلا الثلث فذاك شرعا ما في الإمكان فيمكن أن تطلق عشرين [illegible] والإمكان حكمة في التمثيل فالمعنى طلقي نفسك العدد
الذي هو الثلث دون سائر الأعداد ومعنى قولهما يكون التفويض في الثلث خاصة فصح تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم في طلقي نفسك
ثلثا كما لو قال كل من طعامي ما شئت له أن يأكل الكل وطلق من نسائي ما شاءت فشاءت كلهن له أن يطلقهن بخلاف ما إذا أعملناها على التبعيض فإنه يبطل عموم ما ولأبي حنيفة
أن كلمة من حقيقة في التبعيض إذا دخلت على ذي أبعاض والطلاق منه وما للتعميم فيعمل بهما أي بمن في معناها في شأنه وما في العموم مخصوص بهذه
إهمال من في معناها في شأنه بخلاف حمل من على البيان فإن ضابطه صحة وضع الذي مكانها ووصلها بما بعدها مع ضمير منفصل في مثاله
فاجتنبوا الرجس من الأوثان الرجس الذي هو الأوثان ولا يحسن هنا طلقي نفسك شئت الذي هو الثلث فإن ما موصولة معرفة فلا بد من كونه موصوفة
معرفة وهو هنا العدد فالحاصل إلى طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلث ويستلزم سبق العدد بالعدد الذي
شاءت أو تشاؤه وإنه هو الثلث فيكون التفويض ابتداء إنما هو في الثلث [illegible] إنما يملكها أن تطلق نفسها واحدة لأنه جزء ما ملكته بالتفويض كقوله
طلقي نفسك ثلثا لها أن تطلق واحدة وليس [illegible] بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم ثبوته إذ المعنى طلقي نفسك [illegible]
بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الراجع المحذوف قيد في العدد [illegible] **فرع** قال [illegible] إن تشائي واحدة
فشاءت واحدة طلقت [illegible] لا يقع شيء لأن معناه إن لم تشائي واحدة [illegible] واحدة لا يقع شيء [illegible]
[illegible]

ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعملنا بهما ولانه المتيقن به بترك التبعيض لان كل
اظهار للسماحة او لعموم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

اوانه عطف على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا او متى شئت لان حين للوقت ولو قال ان شئت فانت طالق او اذا شئت
او متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الاحوال لانه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في اي وقت شاءت فلو شاءت
في المجلس صار كانه قال انت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لامرأتيه ان شئتما فانتما طالقان فشاءت احديهما او شاءتا
طلاق احديهما لا يقع لان الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال للاثنتين ان شئتما اي طالق ثلثا فشاءت احديهما واحدة والاخرى ثنتين لم يقع شيء
لان الشرط مشيئتهما الثلث بخلاف ما لو قال لها طلقا انفسكما ثلثا فطلقتا احديهما واحدة والاخرى ثنتين وقع الثلث لان كل واحدة تنفرد بايقاع الثلث
فيصح ايقاعهما بعضها ولو قال ان شئت فانت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليها بمشيئة الاولى ان نوى الزوج والا فلا
لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك اي كلاهما مملوكان لي فايهما نوى صدق لو قال طالق ان شئت وابيت او ان شئت
ولم تشائي لم تطلق ابدا لانه جعل المشيئة والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت ولو قامت
بلا مشيئة تطلق ايضا كما لو قال ان دخلت ولم تدخلي اما لو اخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائي وان شئت وان ابيت فان شاءت
يقع وان ابت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت وابيت فهي طالق ان ابيت ذكر بعد طلاقها فقالت ابيت تعلق
ولو قال ان لم تشائي طلاقك فانت طالق فقالت لا اشاء لا تطلق لان لفظة ابيت للايجاد الفعل الذي هو الاباء وقد وجد اما النفي لم تشاء فعدم ما لا يكون
وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا اشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت ولو انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق
عند ابي يوسف رح ولو قال لها طلقي نفسك فقالت اعتقت عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الامر بالعتق فبدأت بالعتق لا يبطل خيارها
في الطلاق وعنه لو قال لها انت طالق ان شئت الساعة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر على قياس
قول ابي حنيفة رح ان كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشيئة من طلاق الاصل لو قال ان شئت فانت
طالق غدا فالمشيئة اليها للحال بخلاف انت طالق غدا ان شئت فان المشيئة اليها في الغد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح المشيئة اليها
في الغد في الفصلين وقال زفر رح المشيئة للحال فيهما وذكر في الامالي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح على العكس وفي المنتقى برواية بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة رح اذا قال انت طالق غدا ان شئت وانت طالق ان شئت غدا فلها المشيئة غدا وقالا ان قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال وان اخرها
فلها المشيئة غدا وفرع على هذا لو قال اختاري غدا ان شئت او اختاري ان شئت غدا او امرك بيدك غدا ان شئت او امرك بيدك ان شئت غدا فالمشيئة
في الفصول الاربع عند ابي حنيفة رح وكذا لو قال طلقي نفسك غدا ان شئت او طلقي نفسك ان شئت غدا ان شئت فطلقي نفسك غدا لم يكن لها ان تطلق
نفسها الا في الغد عنده وقالا ان قدم المشيئة فلها ان تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا او المذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد انت طالق غدا
طالق ان شئت فالمشيئة لها ... انما المشيئة في الغد ... قوله ان شئت فانت طالق غدا فان لها المشيئة في مجلسها الان ... في
علق بالمشيئة ... الى ... المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها ... علق بها طلاقا ... في
الاصل ... الطلاق ... المشيئة في ذلك الوقت ... وعلى ابي يوسف ... ابي حنيفة رح ان في الفصلين
... المشيئة ... انت طالق اذا شئت او انت طالق ان شئت اذا شئت فيها ... الطلاق

باب الأيمان في الطلاق

وإذا أضافه إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح

نفسها حتى شاءت وعند أبي يوسف رح إن أخر قوله إن شئت فكذلك وإن قدمه فتقيد بالمشيئة في المجلس فإن شاءت في المجلس طلقت نفسها بعد
ذلك إن شاءت ولو قامت من المجلس قبل أن تقول شيئا بطل قال شمس الأئمة فيما قدمنا من إن شئت فأنت طالق إذا شئت ففيه الأول
على المجلس الذي علقه إليها سلمة بالمشيئة فتشاء بعد الطلقة قال إن لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها والفرق بين قوله إن شئت
وبين إذا لم يذكر الساعة ولو قال أنت طالق وطالق وطالق إن شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شيء لأنه شاء الثلاث كذا لو قال شئت ثنتين أو قال
أنت طالق إن شئت واحدة وإن شئت ثنتين فقالت شئت ثم الثلاث ولو قال طلقي إن شئت فهي في الطلاق فشاءت ولم تخبر وقع نظيره
قالت لزوجها طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلاث ولو قالت طلقني طلقني طلقني بلا واو فطلق فإن نوى واحدة فهي واحدة وإن نوى
الثلاث فثلاث ولو قالت لزوجها تريد أن تطلق نفسي فقال الزوج نعم فقالت طلقت يقع إن نوى الزوج التفويض ثم إن كرر قوله لتطلقي في المجلس

باب الأيمان في الطلاق اليمين في الأصل القوة قال إن الشاعر بالأوقات كما في ... ولا يمين على قع القادر بمعنى لا قوة
الحالف في اليمين لما يقويه على الفعل أو الترك الأخرى سمي الحلف بالله تعالى بها لإفادة القوة على الحلوف عليه من الفعل والترك الفعل عليه بتردد والتفريع
والكلمة في الأول تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث يترك ذلك الأمر لتحقق الامتناع عن كما لا تعليق المحبوب لما يحمله فكان يمينا **قوله وإذا أضاف**
إلى استعماله في المشهور المعروف إلا إضافة الطلاق أو تعليقه بالإضافة **قوله قال الشافعي لا يقع** وقيل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال أحمد
وقال مالك إن خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة صح وإن عم مطلقا لا يجوز لأن فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى إلا لو قال
كل امرأة أتزوجها فهي طالق أو كذا أنه يعتبر بظاهر العموم لأن الحرمة ترتفع بالتكثير وعندنا لا فرق بين العموم وبين الخصوص
إلا أن يحنث في العموم مطلق يعني لا فرق بين أن يعلق بأداة الشرط أو بمعناه وفي التتمة يشترط أن يكون بصريح الشرط فلو قال
هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة فلا يعتبر فيها الصفة أعني أتزوجها بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه
طالق بخلاف قوله إن تزوجت هذه فإنه يصح ولا بد من التصريح بالسبب في المحيط لو قال كل امرأة اجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا
كل جارية يطأها فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لأن العتق لم يضف إلى الملك ولو قال نصف المرأة التي تزوجتها طالق فتزوج امرأة بأمره
أو بغير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على أنها طالق لم تطلق لأنه تعليق جعله مبدأ أو شرطا وكذا لو اشترى عبدا على أنه حر
لا يعتق ونحو هذا مروي عن ... تمسك الشافعي رح بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح أخرجه ابن ماجه من حديث المسور
بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل ملك ... على بعضه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه ... وهو ضعيف أخرج أبو داود
والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم قال لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حسن وهو أحسن شيء روي
في هذا الباب وأخرج الدارقطني عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا قال طلق ما لا يملك وأخرج
أيضا عن أبي ثعلبة الخشني قال قال لي عم لي اعمل لي عملا حتى أزوجك ابنتي فقلت إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا ثم بدا لي أن أتزوجها فأتيت النبي صلى الله
عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فإنه لا طلاق إلا بعد النكاح قال فتزوجتها ... أو أنها ... هذا التعليق لا يصح تعليقه وهو الطلاق بعد
العتق ... أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو ... لأن النكاح شرع سببا لثبوت الوصل والنظام

ولو كان الحالف حنث يمين لا يوجد الشرط ... لان الحالف ... بالشرط الطلاق متيقن ... وهو قائم مع التمتع

العباع فلا يملك حله سيما لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المندوب والطلاق محظور وانما شرع للحاجة تباين الاخلاق فاطلاق الحاجة كما تحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تعود الى تزوجها على فساد حالها وسوء عشرتها ويخشى ان يجيئها وطلبها فيريد سد باب التعليق طلاقها بمجامعتها اياها من مواقع الضرر فيجب ان يشرع كما شرع تعليقه بتزوجها ليتخلص عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضي وهو محل التعليق لا يصح بلا مانع بل هو اولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر والجواب عن الاحاديث المذكورة اما على قول المحدثين الآخرين فمحمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق اما المعلق فليس به بل له عرضية ان يصير طلاقا بعد ذلك عند الشرط والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري قال عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن الزهري انه قال في رجل قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق وكل امة اشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر اوليس قد جاء لا طلاق قبل النكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك ان يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف وفيه التصريح لما يفهم من كلام التنبيه المفسرة بعدم الصحة مما يعد قول ما اثر عن السلف يعطي انه اثر عن غيرهما ايضا اخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري والاسود وابي بكر بن عبد الرحمن وابي بكر بن عمرو بن حزم وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي رضي الله عنهم في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق او يوم اتزوجها فهي طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل مذهبنا ايضا عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن ابي سليمان وشريح رحمة الله عليهم اجمعين واما الحديثان الاخيران فلا شك في ضعفهما قال صاحب تنقيح التحقيق انما هما حديثان في الاول ابو خالد الواسطي وهو عمرو بن خالد قال وضاع وقال احمد وابن معين كذاب وفي الآخر علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف احمد وابو بكر بن العربي القاضي شيخ الصحيح جميع الاحاديث فقال ليس لها اصل في الصحة وكذا ما عن مالك وربيعة والاوزاعي فقيل لم يرو ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقطا لان بالترجيح فرع صحة الدليل او لا كيف وهو عدم تقدير الصحة لا دلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه فان قيل لا معنى لحمله على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل احد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا او يعدون ذلك طلاقا اذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيرها حتى لم يعد ذلك ان يتبقى كون المعلق ليس طلاقا فالخروج عن تناول النص بل هو طلاق تأخر عمله الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان اهل العرف واللغة لا يفهمون ان الطلاق تعليقه وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث اجماعا ومما يؤيد ذلك ما في موطأ مالك ان سعيد بن عمرو بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأة ان هو تزوجها فقال القاسم ان رجلا جعل امرأته عليه كظهر امه ان هو تزوجها فامره عمر ان هو تزوجها ان لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صح عن عمر صحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا فالكل واحد والخلاف فيه ايضا وكذا في الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك اربعة اشهر يصح حتى تزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بان قال اذا بلغت فزوجتي طالق وتعليق البالغ طلاق الاجنبية بغير الملك قلنا الابتداء الا من بيان المراد بقولنا هو طلاق فليس به اذ لا شك في ان لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا في الحال لحكم الطلاق من الحنث وغيره تأخر علمه كالبيع بشرط الخيار نقول لا اشكال في ان كون الشيء سببا شرعا لثبوت حكم في محل لا يتصور

والحدیث محمول عند الی نفی التنجیز وحمل ماثور من السلف کالشعبی والزہری وغیرہما ولولا اضافۃ الی ملک وقع عقیب الشرط مثل ان یقول لامرأتہ ان دخلت الدار فانت طالق وہذا بالاتفاق لان الملک قائم فی الحال والظاہر بقاؤہ الی وقت وجود الشرط

بیدان اتصالہ بذلک المحل شرعا معنی ان یعتبر الشرع انہ اتصل بہ سببا للحکم فیہ لامجرد الاتصال فی اللفظ فان سببیتہ لیست الا بایجابہ الحکم فی محل علوا لکونہ ملزوما للحکم فمحل حیث حل ولا ریب فی ان الشرع حین حکم من ذلک القطع بانہ لم یزل انت طالق الآن بل لو کان کذا کانت طالق فذلک لا الان فاذا کان ذلک یرتفع المانع وہو التعلیق ثم ینزل بالمحل سببا بخلاف البیع بشرط الخیار لانہ لم یعلق البیع علی شئ بل اثبتہ فی الحال فیرانہ جعل لہ خیاران یفسخ ان لم یوافق غرضہ رغائبہ وہذا لایمنعہ من الوصول فی الحال بل تحقق سببیتہ فی الحال لو تأملت ہذا الترکیب واما عدم اعتبارہ من الصبی فلیس لعدم ولایتہ علی المحل بل لعدم اہلیتہ للتعلیق کالتنجیز بخلاف البالغ فان افتقارہ فی التصرف الی المحل انما ہو عند قصد التنجیز فیہ للحال وما نحن فیہ التزام یمین یقصد بہا بالذات البر اعنی منع نفسہ من تزوجہا وہذا یقوم بہ وحدہ فتعیین بنائہ کونہ تصرفا فی المحل فی حال عدم ولایتہ علیہ بل تصرف مقتصر علیہ الا انہ لما کان المنشأ صالحا لان یصیر بتقدیرہ ینعقد کلامہ سببا وہو یستدعی المحلیۃ وجاء صیانتہ تعین علی ملک النکاح لزم لصحتہ کلاسہ فی الحال ظہور قیام ملکہ عند انعقادہ ثم رأینا الشرع صحح مکتفیا بظہور قیامہ عند فیما اذا قال للمنکوحۃ ان دخلت فانت طالق فان قیام الملک عندہ بناء علی الاستصحاب فصیرہ ایاہ مع تیقن قیامہ الآن وذلک فی التنابع وہو تعلیقہ بالملک بہذا حصل الجواب عن الاخیر اعنی تعلیق فی الاجنبیۃ بغیر الملک ولذا رأینا الشرع صحح قولہ لامتہ اذا ولدت ولدا فہو حر حتی لیعتق الولد مع عدم قیام ملکہ عتق لولد قبل الولادۃ فظہر بان قیام الملیۃ للحکم لیس شرطا لصحۃ التعلیق ولعمری ان حل ہذہ المقاصد اشتمل علیہا عبارۃ المصنف بنہایۃ الایجاز وعلاوۃ الافادۃ وقولہ وقع عقیب النکاح یفید ان الحکم یتأخر عنہ وہو المختار لان الطلاق المقارن لایقع کقولہ انت طالق مع نکاحک افلا یثبت الشئ منتفیا مع حکم اثرہ تصرف یمین وہو اضافۃ بیانیۃ ای تصرف ہو یمین وکذا ہو فی قولہ وہو قائم بالمتصرف ای فلاحاجۃ الی اشتراط المحل بل قیام ذمتہ الالف فی کاف وقول مالک سد علی نفسہ باب النکاح قلنا فاذا لایلزم اذ قد یکون عالما مصلحۃ فی ذلک دینا لغلبۃ الجور علی نفسہ او دنیا لعدم یسارہ ولنفسہ للحاج فیوسعا علی انہ یتصور تزوجہ عندنا بان یعقد لہ فضولی ویجیز ہو کالفعل کسوق المواہب الیہا والوطی واعلم ان مقتضی ماذکر کون المضاف لاینعقد سببا فی الحال کالمعلق کما جعلوہ سببا فی الحال نحو انت طالق یوم یقدم فلان ولا فرق الا ظہور ارادۃ المتکلم الایقاع بخلاف المعلق وان قصدہ البر فکان ہذا المعنی المعقول صارفا اللفظ عن مقتضیہ ولا یعری عن شئ مع ان نحو انت طالق غدا اذا جاء غد واضح فی قصد الایقاع وہو یبطل اذا جاء غد تعلیقا غیر سبب فی الحال والآخر سببا فی الحال والمحکوم انہ ینزل سببا عند الشرط تعلیق ووقع منجزا فالمراد الایقاع حکما ولہذا اذا علق الطلاق ثم جن عند الشرط تعلیق ولو کان کالملفوظ حقیقۃ لم یقع لعدم اہلیتہ فروع فی المنتقی ان تزوجت فلانۃ فہی طالق وان امرت من یزوجنیہا فہی طالق فامر انسانا ان یزوجہا منہ طلقت لانہما یمینان احدہما علی الامر والاخری علی التزوج ولو قال ان تزوجت فلانۃ وان امرت من یزوجنیہا فہی طالق فامر انسانا فزوجہا منہ طلقت لان الیمین واحدۃ والشرط شیئان وقد وجدا بخلاف ما لو کان لو اوقع مجوزا الامر حیث انحل الیمین ولہذا لو تزوجہا من غیران یامر احدا لاتطلق لانہ بعض الشرط فان امر بعد ذلک رجلا فقال زوجنی فلانۃ وہی امراۃ علی حالہا طلقت لکمال الشرط ولو قال ان تزوجت فلانۃ وامرت انسانا ان یزوجنیہا فہی طالق فامر غیرہ فزوجہ لکمال الشرط فلا تطلق لانہ حنث بالامر قبل تزویج المامور کانت الیمین بلا وقوع شئ فلا یحنث بتزویجہ بعدہ وعن ابی یوسف جاز لو قال ان تزوجت فلانۃ او خطبتہا فہی طالق فخطبہا فتزوجہا لاتطلق قال فی الکتاب لانہ حنث فی الخطبۃ فہذا یدل علی ان الیمین منعقدۃ وہی ردّ علی من قال الیمین غیر منعقدۃ لان الشرط احدہما فاحدہما بعینہ مالی والآخر فانہ نص علیہ

فيصح يمينا أو إيقاعا ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملك لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه لأنه ظاهر عند سببه فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لأن الحالف ليس بمالك ولا أضافه إلى الملك أو سببه ولا بد من واحد منهما

الحنث حتى لو تزوج قبل الأمر في المسألة التي قبلها وقبل الخلبة في هذه المسألة وقع ولو قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بألف فقبلت طلقت وفي فوائد شمس الأئمة الحلواني لو قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أو تزوجت فلانة فتزوجها لا تطلق فإن طلقها ثم تزوجها تطلق لأنه اعتبر الشرط على الشرط كقوله إن تزوجتك فأنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين بل لو طلقها فقال إن تزوجتها فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأتان تزوجت عليك فحلال الله علي حرام ثم قال إن تزوجت عليك فالطلاق علي واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الأولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها إلى أيتهما شاء هذا في النوازل قال في المحيط فيه نظر وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية لأن اليمين الثانية تعليق إيجاب الطلاق بالتزويج وأنه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق واحد يصرفه إلى أيتهما شاء لأن اليمين الأولى لما انصرفت إلى الطلاق صار كأنه قال إن تزوجت عليك فإحدى امرأتي طالق ثم يقع على إحداهما انتهى وفي تقرير نظره أولا وقوله ينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية إلى آخره فبناء على أن التنجيز بالطلاق علي واجب ليس بصحيح وأنت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف وأن المختار وقوع الطلاق المذكور في التنجيز بناء عليه وما قوله ينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداهما إلى آخره فليس بصحيح لأن حلال الله عام استغراقي لا بدلي فيشمل الزوجين فما فرضهما وزان وعلي طلاق ليس مثله لأن معناه مرة وهو إنما يتناول الواحدة فقدر ما يقع الطلاق على واحدة مبهمة فإليه تعيينها ولو قال كل امرأة أتزوجها طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما إذا وكل به لانتقال العبارة إليه **قوله** فيصح يمينا أو إيقاعا أي فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لأنه لا يعمل عندنا في الحال وإيقاعا عند الشافعي لأنه عنده سبب في الحال **قوله** ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملك لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهر الوجود أي ظاهر الوجود عند العقد وقوله وهو القوة أي على الامتناع هنا **قوله** والظهور بأحد هذين لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود فتعلق الإدراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي أي بحس وقد يكون على وجه العقل والحاصل أن قوله للأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق حين صدر لا يصح جعله إيقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر أو مانعا فيه لأنه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند العقد لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط لاحتمال لم يكن العرف فيقع موقوفا على المعاقبة إن تزوجها ظهر كونه يمينا والأظهر على الاحتمال إلى أن يموت أحدهما لأنا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره انعقاده حقيقة فإنه لم يقع مخيفا لم يقع يمينا فلا يتحقق يمين في الوجود إلا بلفظ آخر وفي الإضافة هنا إضافة لزوم نصف المهر إن تزوجها لأنه ثم يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع من التزويج خوفا من ذلك وقد أورد على هذا قوله إذا حضت فأنت طالق فإنه يمين مع أنه لا حل فيه للمنع بالحاصة وأجيب بأن العبرة للغالب لا للشاذ **قوله** والإضافة إلى سبب الملك يعني التزويج بمنزلة الإضافة إليه قال بشر المريسي لا يصح لأن الملك شرط سببا كان الشرط وذلك السبب يقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملك أو لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتي بخلاف ما إذا علقه بنفس الملك فإنه يتقدم الملك والجواب ما قال محمد رحمه الله من حمل الكلام على الصحة أولى من إلغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد المسبب تقديره قوله إن تزوجتك إن ملكتك بالتزويج لكن تعليل المصنف بقوله لأنه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا إلا أن يحمل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب تجوزه أو ليس هو منقوض بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان هو سبب عدول المصنف عنه انتهى والحاصل في قولهم في قوله لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من أنه لم يعتبر تمام الكلام مضمر التصحيح إذ التقدير إن تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع كما قال ابن أبي ليلى

والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما يليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة كل ليست من الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وملحق به لتعلق الفعل بها وهي ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر

لان اليمين معهود في الشرع او فيه مطلوب فلا نتجاوز في تغييره وهذا ينافي ذلك الجواب ويكفي في جواب ابن ابي ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يخفى وروده ان يقال لا ان يراد بالسبب المسبب وحقيقته والذي يتم اليمين فيلزم شائع في المنقول عن ابن ابي ليلى وعلى الشافعي يرد ما قال بشر المريسي وما اورد من يرضى فقال به ابن ابي ليلى بانه لا طريق الى تحقق تلك الارادة لاستغناء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا اليمين المذكور في الكتاب فالمقابل الاولى ان يقال الاضافة الى سبب الملك مرادا بها الاضافة الى الملك كما اجاب به محمد رحمه الله **فرع** لو قال ان تزوجتك فانت طالق قبل ان تزوجك فتزوجها وقع عند ابي يوسف لانه علقه بالنكاح وذكر ما هو قبله لا يقدر على تقديمه فيه فلغا ذكر الوقت وبقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كالملفوظ عند الشرط ولو قال وقت النكاح انت طالق قبل ان تملكك لا تعلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان زوجتماني امرأة فهي طالق ثلاثا فزوجاه امرأة بغير امرهما تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى تملك النكاح لان تزويج الوالدين بغير امره غير صحيح ولو قال رجل لاجنبية ما دمت في نكاحي فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق واذا قال لها ان تزوجتك فادمت في نكاحي فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها وتزوج غيرها تطلق **قوله** والفاظ الشرط الخ ومن جملتها لو ومن واي وايان واين وانى وجميعها تجزم الا لو واذا في قبل يجزم بها اذا زيد بعدها ما في الشعر انما يجزم باذا في الشعر وكلمة كل ليست من الشرط لان الشرط مشتق من العلامة يعني اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال تعالى فقد جاء اشراطها اي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا اشتراك بين لفظ علامة وشرط وقوله فتكون علامات على الحنث والحنث يستتبع الجزاء فالحاصل ان معنى الفاظ الشرط علامات وجود الجزاء اي تدل على ذلك لذاتها الا كل من هذه ولفظ لو فيما ذكر في الهداية فانها وان كان كذلك كان المفاد بها امتناع الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لاكرمته فيعرف ان ذلك الفعل من مقصوده يستلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا جميع الادوات تفيد الوجود للوجود الا ان لما كانت اداة دخل حيث وضعت لافادة ان الشرط قد وجد وفرع منه فصحت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام فقصدت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده هنا في معنى التعليق على خطر الوجود ولو انما افادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليمين وان كان لو قال لو دخلت فانت طالق تعلق الطلاق كما ذكره التمرتاشي ويروى عن ابي يوسف ولكن ليس معناها الاصل الا المشهور ولذا قال بعضهم لا تعلق وفي الحاوي في فروعها لو قال انت طالق لو تزوجتك تعلق لو تزوجها وقد ورد في قوله تعالى وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية الآية فذهب بعض النحويين الى تجويزه واكثر المحققين انها ليست للتعليق في الماضي واجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا العدم حصول معنى اليمين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلما وليست شرطا لثبوت معنى الشرط مساواة وهو التعليق بامر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة لاسم الذي اضيف اليه **فرع** قال انت طالق لولا دخولك الدار او لولا ابوك او مهرك لا يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقتك بالامس لولا كذا واعلم ان وجوب الفاء لا يتحقق التعليق الا بها الا ان يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في انه هو الجواب او نفس الجواب محذوف والمقدم دليله واذا انتفيت فتنظر من جهة المعنى فلا عليه من عبارة الجواب فاذا قال ان دخلت الدار انت طالق وقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه لكن ابو يوسف قال تحمل الكلام على الفائدة فتضمر الفاء كما في قوله من يفعل الحسنات الله يشكرها وعرف بان الفاء جاءت لو وانه تجوز حذف الشرط لكن يمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان ذكره في النهاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح ويحمل الواو على الابتداء

قال في هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية

وفيه ضعف لان هذا الابتداء لا يستعمل الا في اصل الكلام ومواضع الفاء جمعت منها في بيت من الطلبية والاسمية والجامدة وبما ولن وقد وبالسين واصبت ذكر بعض زيادة على ذلك واتقنه بعضهم فنظمها في ثلاثة ابيات هي هذه تعلم جواب الشرط حتم قرانه بفاء اذا ما فعله طلبا اتى كذا جامدا او مقسما كان او بقد ورب وسين او سوف ادريا فتى او اسمية او كان منفيا او ان به ولن من يحد عامدا فاه قد عنى به ولو اخر الشرط والقاعدة في الشرط بان قال ان انت طالق فان دخلت الدار لا رواية فيه فيمكن ان يقال تنجز لان الفاصلة ويمكن ان يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق ثم الكسر في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب ان يكون التنجيز موجب اللفظ الا ان ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق اذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا يوجبه الا في محله فلا اثر لها هنا ولو قال انت طالق ان تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند ابي يوسف لا الا ان ذكره بيان لارادة التعليق ولو قال انت طالق وان دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لان ذلك في غير المعينة مثل الدار التي تزوجها طالق اما في المعينة فلغو علا ما قدمناه اول الباب ولو قال انت طالق ان دخلت يقع الثمرة وتقع في الحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل مع الاثبات وجود العلة وتعذر نحو الكسائي في ذلك في مجالس الرشيد فزعم الكسائي انها بمعنى اذا فاستدل بقوله يمنون عليك ان اسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا ان دعوا للرحمن ولدا وقول محمد اولى اذ الاصل العمل وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما ولو قال انت طالق وان دخلت طلقت بكل حال لان الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على عرف في موضعه تقديره ان لم تدخلي وان دخلت وهي الوصلية وتقع في الحال بقوله انت طالق ان دخلت وبقوله دخلت الدار انت طالق يتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل اذ الى الفاء وانت طالق لا تتعلق

وهي قوله في هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط واذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث مرة اخرى الا بيمين اخرى وبعموم تلك اليمين وليس كذلك قال بعضهم في متى انها تفيد التكرار كقوله متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى اي وقت تأتي تجد ذلك ففي متى خرجت فانت طالق المفاد ان اي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو افادت التكرار وانما هو مع لفظ ابدا فهو دليل لفظي مستقل بانفراده فاذا قال ان تزوجت فلانة ابدا فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا اجاب ابو النصر الدبوسي ومن غرائب المسائل في الغاية من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول مضاف الى جماعة فيراد به عمومه عرفا بعد مرة اخرى مستشهدا بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا الآية العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد بما ذكر محمد في السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل فان العموم في الاول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع اليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر وعموم الثاني بدلالة الحال حالة التحريض وكثرة القتل قيل هذا اولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد ثبتت التكرار لعموم الاسم الذي نسب اليه فعل الشرط والاوجه ان العموم بالعادة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم على الوصف المشعر بالعلية المعنى المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر بتكرره وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال اي امرأة اتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة اتزوجها حيث يعم بعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم اي امرأة اتزوجها بعموم الصفة قوله الا في كلما لتكرره ومن لطيف مسائلها اذا قال لامرأته ان فعل بها الطلاق فطلقها ثلاثا ثم تزوجت انت طالق فطلقها الثالثة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقي عليك فانت طالق فطلقها واحدة وقع الثلث متفرقا

كما قيل في حق التزوج والشيئان ولكنها شاهدة في حق غيرها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها ولو قال لها ان كنت تحبين ان يعذبك الله
في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق
العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لاحتمال انها تحبه لشدة بغضها اياه فتعقب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها
وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهو المحبة واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى
يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم

لان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها عليه الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى وعن احمد لا يقع ويختبر بالنساء بان تجعل قطنة في فرجها
في زمان قالت ذلك فان وجد بها اثر وقع لانها امينة مأمورة باظهار ما في رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن تحريم كتمانها امر باظهارها
وفائدة الامر بالاظهار ترتيب احكام المظهر وهو فرع قبوله مع ان ذلك القطنة لا توصل الى علم ولا ظن بجواز اخذه دما من خارج تحملت
قوله وطلقت فلانة هذا اذا كذبها الزوج اما لو صدقها طلقت فلانة ايضا وكذا في جميع نظائره قوله كما في حق العدة اي انقضائها حتى لو طلقها
طلاقا رجعيا ثم اراد رجعتها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت تنقطع حق الرجعة او قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله
جاز له تزوجها اذا غلب على ظنه صدقها والشيئان اي حل الوطء وحرمته فلو قالت انا حائض حرم او طاهر حل وقالت للمطلق ثلاثا تزوجت
فلان وغشيني حلت له لا يقال لا تكون حاضت ولا في الاول يقع عليها وعلى الثاني لا يقع واحدة منهما لانا نقول المنظور اليه في حقها هو الاخبار
بالاشارة امينة وفي حق ضرتها حقيقة شهادتها على ذلك شهادة فرد واخبار بها لا السيري في حقها التكذيب لا يبعد ان يقبل قول الانسان
في حق نفسه لا غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه لا يصدقه الباقون والمشتري اذا اقر للبيع لمستحق لا يرجع
بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض وهو قائم اما بعد الانقطاع فلا لانه ضروري فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت
حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي في الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعده حضت وطهرت وانا الان حائض بحيضة اخرى لا يقبل قولها
ولا يقع لانها اخبرت من الشرط حال عدمه لا يقع الا اذا اخبرت من الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فيقع وهذا لانها جعلت امينة شرعا في الخبر
من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها فلا تكون هي متهمة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأتيه
اذا حضتما فانتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا ان يصدقهما فان صدق احدهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلاثا فقال
ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة منهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقتين ولو كن
اربعا والمسألة بحالها لم يطلقن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة او ثنتين وان صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان
حيض الكل شرط لوقوعه عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان حاض بعضهن يكون ذلك بعض الشرط فلا يثبت الحكم فلا يثبت ان كل حيضة
لا يثبت حيض كل واحدة الا في حقها الا ان يصدقها فيثبت في حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض تطلق فان كانت المكذبة واحدة
طلقت وحدها لتمام الشرط في حقها لان قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها في غيرها
فلم يتم الشرط في غيرها وان كذب اكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا في حق نفسها فكان لم يوجد
الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا قوله وكذلك اذا قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله الى قوله لما بينا يريد انها امينة في
حق نفسها شاهدة في حق ضرتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فاما هنا الكذب بها متيقن فكيف
يحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط الجواب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيما
نجاز ان يحبها لشدة بغضها غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمني الخلاص بالعذاب ولو قال لها ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق
فقالت احبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسألة الكتاب وقال محمد

فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانه لو ولد الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال يقع واحدة وفي حال ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يبطل الخليفة فغاية الامر امكان الوقوف على ما في قلبها اوجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفي الظهيرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان امكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته انت طالق ان كنت لا احبك ثم قال لست احبك كاذبا فانها حرمت فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل السرخسي هذا بانه ان لم تعلم ما في قلبها لم يعلم ما في قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا ان القلب منقلب لا يثبت على شيء فالوقوف على حقيقته لا يتحقق والاحكام انما تناط بالاسباب الظاهرة لا الحقيقية كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قلبه واعلم ان التعليق بالمحبة انما فارق التعليق بالحيض في انه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت احبك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله وفي الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة **فرع** في الجامع الاصغر قال الفقيه ابو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فانت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت او لم يكن لان الزوج في الغالب لا يريد الا ايذاءها بالطلاق كما اذته وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها ان كنت قرطبانا فانت طالق تعلق وان قال اردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى اهل بخارا على المجازاة دون الشرط **قوله** فكان حيضا من الابتداء فيجب على المفتي ان يبين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم وكان المعلق الحيض عتقا فجنى العبد وجني عليه بعد رؤية الدم قبل ان يستمر فانه اذا استمر ثلاثة ايام يصح النكاح ويعتبر في العبد جناية الاحرار ولا تحتسب بهذه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم ان يقع الطلاق بعد بعضها **قوله** ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر يحكم بطلاقها من هذا الفرق لما بين ان حضت حيضة فانت طالق وان حضت حيث لا يكون الاول بدعيا لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال او ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا في ذمتها الى الانقطاع **قوله** لان الحيضة بالهاء هي الكاملة من هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزى خلافا لزفر في قوله تطلق بحيض خمسة ايام للتيقن بالنصف قلنا هذا النصف قد يصير مدة لا النصف العددي ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض واذا قال لطاهر انت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض فتطهر لان اليمين تقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه فما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا تنعقد عليه اليمين كما لا تنعقد على الماضي بخلاف قوله انت طالق قبل ان تحيضي حيضة بشهر حيث تعلق فاذا حاضت ... الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى **قوله** بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار اذ لم يقل اذا صمت يوما او شهرا فيتعلق بالمسمى الشرعي وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بالامساك ساعة فيقع به وان قطعته بعده وكذا اذا صمت في يوم او في شهر ... بخلاف ما اذا قدره بمعيار كما اذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظيره اذا صليت ... واذا صليت صلوة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما الاول لانه لو علم ... بالسابق ...

وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلقات وهو قول زفر [illegible]
فتعود اليه بالثلاث [illegible]

وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث
لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر
عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه
وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله

فتعود الشرط الثاني مع بابه بالجزاء لعدم الفاء الرابطة والتقديم والتأخير شائع من اساليب العرب لانه يصح المنطوق من غير زيادة شيء آخر
بخلاف قوله ان كلمت مقدما تأخيره فانه في حيز الجزاء والتقدير ان لبست فان كلمت فانت طالق وهذا بناء على ما قدمنا من لزوم التعقيب في مثل ان دخلت
الدار فانت طالق وعلى ما قدمنا عن ابي يوسف ومن لزوم الاضمار المعاقب ان لا يعكس الترتيب في التجريد لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ان كلمت
فلانا لابد من اعتبار الملك عند الشرط الاول فان طلقها قبل الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا فهي في العدة طلقت انتهى وهو على
الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانعقاد فيعتبر الملك عنده وعلى هذا اذا قال ان اعطيتك ان وعدتك ان سألتني فانت طالق لا تطلق
حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال كانه قال ان سألتني ان وعدتك ان اعطيتك … قال ابو حنيفة والشافعي
رحمهما الله ومن الحنابلة من قيد ذلك بما اذا كان الشرط بان فان كان باذا تعلق بوجودها كيفما كان لان المعروف في ذلك … قال انت طالق
اذا قدم فلان واذا قدم فلان … فايهما قدم اولا يقع الطلاق … وان قوله انت طالق اذا قدم فلان يمين تام لوجود
الشرط والجزاء والشرط الثاني لا جزاء له اذا عطف على شرط تعلق بجزاءه وتعلق جزاءه بعينه كانه قال واذا قدم فلان فانت طالق تلك التطليقة فلذا
لو وجدا معا لم يقع الا طلاق واحد وكذا اذا اخل الجزاء بين الشرطين فقال ان قدم فلان فانت طالق واذا قدم فلان لما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط
الثاني شيء الا ان ينوي ان يقع عند كل واحد تطليقة فيقع اخرى عند الثاني وان اخر الجزاء فقال اذا قدم فلان واذا قدم فلان فانت طالق لا يقع
حتى يقدما لانه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصار شرطا واحدا فلا يقع الا بوجودهما لانه … عطفها على اليمين الاولى
او على الشرط فقط فان نوى وقوع الطلاق بكل واحد منهما صحت نيته وبنيته تقديم الجزاء على احد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فلو اذا عطف بالواو …
كان الجزاء شرطا واحدا كما في مسئلة الكتاب الا ان ينوي وقوع الطلاق بكل واحد منهما لانه نوى … ذكره … في شرح الزيادات تنبيه يشترط في صحة
الشرط الاتصال كالاستثناء … الفاصل يبطل التعليق وفي الجامع لو قال ان دخلت ان دخلت فانت طالق يتعلق استحسانا
وقال الكرخي ينبغي ان لا يتعلق على قوله لان الثاني لغو كقوله حر حر ان شاء الله على قوله الجواب انه تأكيد بخلاف حر حر لان التأكيد بلفظه لا يكون
بالواو فصار فاصلا كقوله حر وحر ان شاء الله لا يعتق فيه واجمعوا ان السكوت واللغو لا يمنعان العطف ما دام في المجلس كذا في الذخيرة لان العطف يغير
اوله يقرر بخلاف الشرط والاستثناء وانما يتعقب الشرط الجزئية ليست ايمانا تامة كما ذكرناه من قريب فيقيد الكل وان قال انت طالق وعبدي حر ان كلمت
فلانا تعلق كل منهما معا بهذا فاذا قال انت طالق واحدة وثنتين … ان دخلت صح التعليق فيتعلق الثلث **قوله** وان قال لها ان دخلت الدار
فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين الى آخره فائدة الخلاف انما تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيما لو وقع الثلاث انها عند محمد ان ابانها
واحدة ثم يحل الثلث والا عندهما فالثلث المعلقة … الثنتين بالهدم مع الواحد الباقية وانما تظهر فيما اذا طلق طلقة واحدة او ثنتين ثم تزوجت
غيره ثم عادت الى الاول ثم وجد الشرط فعند محمد تحرم حرمة غليظة وعندهما لا … بعد … ثنتين **قوله** مستثنية … هنالك
ان شاء الله **قوله** لنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لما قدمنا من ان … اليمين انما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع … لتحقق …
عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لانه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم … عودها الى الاول …
… يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق اليمين باعتباره … الاطلاق به …

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله [illegible] متصلا لا يقع [illegible]

لو قال اعتقوا عبدي من بعد موتي ان شاء الله فالعمل بالاستثناء فلم يعتق ولو قال بع عبدي هذا ان شاء الله كان للمامور بيعه قيل ان ما يجب
يقع منه يحتاج الى ابطاله بالاستثناء وذكره ليس الا كذلك والامر لا يقع منه القدرة على عزله فلا حاجة الى الاستثناء ليبطل اعتباره تحته وعن الحلواني
كل ما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غد ان شاء الله له ذلك بتلك النية
وبل شرط في صحته تصحيح حروفه وان لم يسمعها وان لم يسمع كذا الخلاف المتقدم في القراءة في الصلوة قوله (واذا قال لامرأته انت طالق
ان شاء الله الخ) وكذا اذا قال ان لم يشأ الله او ما شاء الله او فيما شاء الله او الا ان يشاء الله او ان شاء الجن والملائكة وكل من لم يوقف على
مشيته لم يقع اذا كان متصلا فلا يفتقر الى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكى فيه عندنا خلاف قال خلف يقع وقال اسد لا يقع وهو
الظاهر من المذهب لان الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت ابا يوسف في النوم فسألته فقال لا يقع فقلت لم قال رأيت لو قال انت
طالق فجرى على لسانه او غير طالق كان يقع قلت لا قال كذا او هذا قال لم يبدأ به وان شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر اذا زوجها ابوها فسكتت ولا تدري
ان السكوت رضى يمضي به العقد عليها وفي خارج المذهب خلاف في النية قيل يشترط نية الاستثناء من اول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه
وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصاله به وما علم ان ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه ان تطلق واحدة رجعية لان الذي
هو ما شاء الله من الواقع واحدة وثنتين او ثلثا ولا شك في انت طالق المذكور فصار كقوله انت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفا اي الا ان يشاء
فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمحل لا يخلو عن نظر وانما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة اذا كان الاظهر كونها المصدرية
ليرجع تعليقه بالمشيئة لكن الثابت كثرة استعمالها موصولا اسميا ثم لا يقع قضاء ولا ديانة اذا قلنا تساوى استعمالها واعتبار ارادة
الظاهر اما اذا لم يكن لنية فينبغي ان يقع وعلمت انه لا يحتاج الى نية اما لو قال ان شاء زيد فهو تمليك منه ليقتصر على مجلس علمه فان شاء فيه طلقت
ولا يخرج الامر من يده وكذا الا ان يشاء زيد او يريد او يحب او يرضى او يهوى او يرى او الا ان يبدو له غير ذلك فتقيده بمجلس العلم ويعتبر في ذلك
كله اخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لان المشيئة واخواتها امر باطن وله دليل وهو العبارة فقام مقامه كذا في شرح الجامع وكذا
اذا اضاف المشيئة واخواتها الى الله تعالى بالباء فقال طالق بمشيئة الله وارادته ومحبته ورضاه لا يقع لانه بمعنى التعليق اذ الباء للالصاق
والكائن في التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان اضاف الاربعة وما بمعناها بالباء الى العبد كان تمليكا وان قال بامره او بحكمه او بقضائه او بارادته او بعلمه او بقدرته
وقع في الحال سواء اضافه الى الله تعالى او الى العبد لانه يراد به في مثله التنجيز عرفا وان قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء اضافه
الى الله تعالى او الى العبد لانه تعليل للايقاع كقوله طالق لدخولك الدار وان قال بحرف في ان اضاف الى الله تعالى لا يقع في الوجوه كلها الا في قوله طالق
في علم الله تعالى فانه يقع في الحال لانه في معنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع الا في العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع والله لا يصح نفيه
عنه تعالى بحال فكان تعليقا بامر موجود فيكون تنجيزا ولا يلزم القدرة لان المراد منها هنا التقدير وقد يقدر شيئا وقد لا يقدره حتى لو اراد
حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي ولا وجه لان يراد العلم على معلومه وان كان في علم الله انها طالق فهو في تحقق طلاقها حكما
بقول القدرة على مقدورها لا يقع الا بنية انت طالق في قدرة الله ان في قدرته تعالى مقدوره وذلك لا يستلزم [illegible] فقال الفاضل
في قدرة الله تعالى صلاحه ووجوده فتقتضي الحال [illegible] ان اضاف الى العبد بقي كان تمليكا في الاربع الاول [illegible]

لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط

الا واحدة ولا يخفى ان ما ذكره في التتمة مشكل في علم الله تعالى في قوله في ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشأ الله لم يقع شيء لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثاني تعلق بامر لو وقع لشاء الله فعدم الشرط فلم يقع فكان في تعليق الطلاق لو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشأ الله فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فثبت انه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى للواحدة بخلاف السابق لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى والمسئلتان مذكورتان في النوازل ثم قال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشأ في اليوم فطالق ثلثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلثا ووجهه ما بيناه قال ولو لم يقيد باليوم في اليمينين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلثا بلا فصل وقد ظن انه يخالف مسئلة النوازل الاولى والجواب ان مسئلة المنتقى تعليق الثلث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبيل الموت اذ لو شاء الله التطليقتين لاوقعهما الزوج ثم في مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله تعالى اياهما فلا يقعان ابدا **قوله** لقوله عليه الصلوة والسلام من حلف بطلاق الخ غريب بهذا اللفظ ومعناه مروي اخرجه اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائي وفي لفظ الترمذي فلا حنث عليه واخرجه احمد والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن غريب وقد رواه نافع عن ابن عمر موقوفا ومن سالم عن ابن عمر موقوفا ولا نعلم احدا رفعه غير ايوب السختياني ثم قال اسمعيل بن ابراهيم كان ايوب احيانا يرفعه واحيانا لا يرفعه انتهى وهذا كله غير قادح في الرفع لما قدمناه في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع ثم اعلم ان مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله مستدلا بان الحديث انما في اليمين ثم في هجر وانت طالق ان شاء الله ليس يمينا ذكر ذلك في كتاب الايمان واما ما اخرج ابن عدي في الكامل عن اسحق بن ابي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن ابي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته انت طالق ان شاء الله او لغلامه انت حر ان شاء الله او علي المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شيء عليه وهو معلول باسحق هذا نقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ثم لم يعلم توثيقه عن احد واخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه ضعفه عبد الحق بحميد وابن حميد وطرق الضعف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من السند لا يكفي **قوله** ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرفه دون حقيقته لان مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعا او منتفية قطعا فلا تردد في حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة وانه اعدام اي التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط **قوله** والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل فيصير الحاصل ان التعليق بالمشيئة ابطال هو تعليق في حقيقته مجاز كقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط وقال اذا شاب الغراب اتيت اهلي وصار القار كاللبن والحاصل ان عند ابي يوسف تعليق لا حقيقة للصيغة وبها اخذ المشايخ وهو اصلي وقد نقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله انت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا تعليق ولا تعلق على الابطال وفي شرح الجامع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاحش بخلاف قوله ان شاء الله فانت طالق حيث لا يقع فيهما فانه جمع بين يمينين فقال انت طالق ان دخلت الدار [illegible] ان شاء الله يعود الى التعليق [illegible] الثانية فلم [illegible] ولو دخلت الدار وقع [illegible] الى الاصل لعدم

ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول

الا ولوية بالابطال فلو كلمت زيدا او دخلت الدار لا يقع ولو ادخله على الايقاعين فقال انت طالق وعبدي حر ان شاء الله ينصرف الى الكل
فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع اما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال واما عند ابي يوسف رح فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين
يتعلقان به وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفي فتاوى قاضي خان الفتوى على قول ابي يوسف رح
الا انه لا يحتاج اليه الا ببطال فتحصل على ان الفتوى على انه ابطال قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول اي اذا سكت كثيرا لا لضرورة بخلافه لو سكت
لتنفس او سعال لعنه بد بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللفصل اللغو تعلق بثلاث في قوله انت طالق ثلثا وثلثا ان شاء الله
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان التكرار للتاكيد شائع فجعل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول انه وثلثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء
فتطلق ثلثا وعلى هذا الخلاف عبده حر وحر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بالاتفاق لظهور التاكيد وقياسه الكراهة ثلثا
بلا واو ان يكون كذلك ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف للتفسير ولا يكون بغير لفظ الاول بل يصح
حر لقوله تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلثا وثلثا لو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء الله طلقت ثلثا عند
ابي حنيفة رح وعندهما لا يصح الاستثناء كقوله طالق اربعا ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس
لانه غير تكميل الاول ولو قال ثلثا وثلثا او ثنتين او البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثلث لغو وعن محمد يصح هذا حيلة الى خلافه الفصل
بالذكر التطويل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا اكلم فلانا استغفر الله ان شاء الله فهو مستثنى ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو اراد ان يحلف
رجلا يخاف ان يستثنى في السر حلفه ويامر ان يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله او غيره من الكلام والا ربما لا يصح الاستثناء بالفصل
بالذكر ولو قال بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله صح او ان يقول فسد انسان فاه ساعة ثم اطلقه فاستثنى متصلا به صح
وفي هشام سألت محمدا عمن قال لامرأته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثني فاسكت غيره قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة يعني اذا لم يستثن
بعد التخلية ولا يكتفى بذلك للفصل وباشتراط الاتصال قول جماعة العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس رض جوازه الى سنة عنه ابدا وقال سعيد بن المسيب و
ابن جبير الى اربعة اشهر وعن الحسن البصري تقييده بالمجلس وهو قول الاوزاعي استدلالا بحديث سليمان عليه السلام لاطوفن الليلة على تسعين
امرأة كل تلد غلاما فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي الى ان قال صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا اجمعين فحمل قول الملك قبل
فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يختلى خلاها الحديث
فقال العباس الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في اسرى بدر لا ينفلت احد منهم الا بفداء او ضربة عنق فقال ابن مسعود الا سهيل
بن البيضاء فقال الا سهيل بن البيضاء وما اجيب عن هذين بانه كان على جهة النسخ ورفع لبناء الاول لكنه ينعقد باتصاله بعدما تكلم الغير في زمان قصير
ومثله يرفع الحكم بنفس لفظ القائل يدفعه بانه وافق الشرع المتجدد وفي العرفيات مثل هذا كثير فيتقيد به جملة تشاكل الاول مدلول عليها
لانه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه ابو داؤد فانه صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال
ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب بان كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو صلى الله عليه وسلم قد حلف وله ان من حلف على يمين فرأى
غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه فيرى ان عدم غزوهم خير له فيفعل ما حلف عليه قوله صلى الله عليه وسلم [illegible]

فيكون استثناء او ذكر الشرط بعده وهو على الخلاف قال وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل

عليه والجواب انه محمول على الاتصال لا نعرف لعلى ان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله ولو امكن في لفظ الحديث ابداء تكلف في تعليل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بالجملة من حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم يوجبه ايضا اللازم المذكورة في الاصل من انه يستلزم ان لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا اقرار ببال ما لا يخفى من اللوازم الباطلة وبذلك جاوب ابو حنيفة مع المنصور حين شاء به اذ دعاه اليه بيرد رأيه عنده كابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل فقال انما استوضحت من مخالفته في تحصين للخلافة عليك ومنع خروج المخالفين لك من الخروج عليك والاجازة لهم ان يستثنوا اذا خرجوا من عندك ومذهب الشافعي كمذهبنا في انه اذا قال متصلا بقوله طالق او حرة ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك وامرؤ في نظائره الزاده منه تجيز ان لانه علقها بشرط يتحقق لانه لو لم يشأ الله ما كان من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به وقد ضعفه انه اذا اراد صدور اللفظ عنه فقد شاء الله صدوره وان اراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة انه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما ان اراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئة قديمة عند اهل السنة والجماعة فكيف انما تتجدد محال والحجة لنا ما روينا وقياس المعنى والجواب عن تمسكه انه لم يعلقه بمتحقق لانه لا يمكن الاطلاع على انه في مشيئة الله تعالى وعلمه اظهار او تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله قوله فقد حكمت الشريعة الخ ليس على اطلاقه اذ التعليقات من نحو انت طالق ان قدم زيد او دخلت الدار صدر فيها لفظ الطلاق مع ان الحكم الشرعية بوقوعه في الحال لا اجماع وما نحن فيه من هذا القبيل **قوله** فيكون الاستثناء او ذكر الشرط الخ انما نوعه لما ذكرنا انه على قول محمد استثناء وعلى قول ابي يوسف تعليق على ما هو الحق عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان دخلت فلست على ان تصدقتا بانه مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لان بين الاستثناء ليس له حقيقة وان المثل تشبيه فلا يكون في التشبيه ايجاب المال قال وبه نأخذ الا ان يريد الايجاب على نفسه **فروع** طلق او خلع ثم ادعى استثناء او شرطا فلا منازعة في الاشكال في ان القول قوله وكذا اذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للامام محمود البخاري ولو شهدا عليه بانه طلق او خالع بلا استثناء او قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة الطلاق او الخلع والزوج يدعي الاستثناء ففي المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الاسلام الاوزجندي لا تسمع دعوى الاستثناء اذا عرف الطلاق بالبينة بل اذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده اعتقتك امس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي فتاوى النسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقتني فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك انت طالق ان دخلت فقالت طلقتني منجزا القول قوله وفي الفتاوى الصغرى ذكر الخلع لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على المال كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الاسلام ابي الحسن ان مشايخنا اجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق انه لا يصدق الزوج الا ببينة لانه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي ان ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يؤخذ بما هو الحيلة من عدم الوقوع بقصد بقاله وان عرف بالفسق او جهل حاله ينبغي ان يؤخذ بقول المرأة لغلبة الفساد في الزمان ولو طلق فشهدا انه لم يستثن وهو غير ذاكر ان كان بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول وسعه الاخذ بشهادتهما والا لا يأخذ بها **قوله** كذا اذا ماتت معطوف على قوله واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق وقوله الموت ينافي الى آخره جواب عن مقدر هو ان الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى لو قال لها انت طالق وهي طالق فماتت قبل الوصف بالعدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق اجاب ان الموت ينافي

بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلاثا الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل

فيبطل به وبيناسب الاستثناء فلا يبطل به **قوله** بخلاف ما اذا مات الزوج قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم ارادته بان ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق وقول من قال يحمل كلامه على الرجل في ذلك او ان يبدو له فيتركه ليس بشيء لانه خلاف الظاهر فلا يجب تصديقه فيه ثم الراقع الوقوع فبحثه بنا ان كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له عليه الحاج **قوله** ولو قال الا تسعة طلقت واحدة وعن ابي يوسف انه لا يصح الاستثناء لانه استثناء الاكثر وهو قول طائفة من اهل العربية وبه قال احمد قالوا لم يتكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي المخلص بهذا وهو استقراء استعمال القرآن على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التاويل في الآية ممنوع ولو سلم ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادي كلكم جائع الا من اطعمته يا عبادي كلكم عار الا من كسوته ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم صحة عدم استعماله الا ترى انه لم يسمع له مائة الا اثنا وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعماله هذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقي الا جزاء بعد المستثنى وقولهم اخراج من الصدر الى تجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانه يستدعي سبق الدخول فان اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يقيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء اذ تناول اللفظ بعلة وضعه لتمام المعنى وهي قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا ولزم ان لا يصح في نحو قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم به يكون اما كاذبا في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع او في الاستثناء ان كان هو المنفي او فالكاذب احدهما وهو مستحيلان في حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم ثم هل يكون مرادا بالصدر اعني العام او الكل ثم اخرج ثم حكم على الباقي او لم يرد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والا قرينة خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلم بالباقي اي حكم عليه ومقتضى الاول ان معنى القول الاول انه اريد عشرة وحكم على سبعة في قوله علي عشرة الا ثلاثة فارادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم والا فهو الذي الآخر بزيادة تحلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلاثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضي الباقلاني على ان التحقيق ان قوله هو احد المذهبين كما حققناه في الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله فلا فرق بين قول القائل علي درهم او عشرة الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال اخرج ويصير في معنى المعارضة لاستلزامه في الاخبار ما ذكرناه ونسب الى الشافعية والله اعلم فانهم مصرحون بانه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا الا ان حاولوا على تاويل بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفي اثبات يوجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلاثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك في انه بحسب الظاهر لا حقيقة الاسنادين فيها والا كان تناقضا فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الباقي فيجب حمل المرجوح عليه كما هو كل معارضة ترجح فيها احد المتعارضين فيظهر انه لم يحكم في صدر الا على سبعة **قوله** ولا يصح استثناء الكل من الكل قيل لانه رجوع بعد التقرير وهو باطل ودفع بانه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية لكنه لا يجوز فيه ايضا لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء فالوجه انه لغو وهو ما ذكر في الكتاب من انه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا ليتكلم بالباقي بعد الثنيا لا لنفي

لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصار كما اذا قال اليه وانما يعمل الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل ولو اغمي عليه في الفصل الاول المستثنى منه المتبقي تعارف في الثاني وليس فيهم وصار كما لو قال الا ثلاثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم

الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على الحق انه نفي الكل بل يفيده فلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب فيفيده وما حكي عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر او مساويه كعبيدي احرار الا مماليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضي خان وزيادات المصنف فلو قال نسائي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن وفي البقالي لو قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلث عند ابي حنيفة وعندهما يقع ثنتان وعن ابي يوسف رح يقع واحدة وهو قول زفر رح فكان ابو حنيفة رح يتوقف صحة الاول ان لا يظهر انه مستغرق ولا دليل يعارض اقتصار صحته على الاول وابو يوسف في الرواية الاخرى عنه وزفر رح يريان اقتصار صحته على الاول والثانية وقول ابي حنيفة رح اوجه لان الصدر يتوقف على الجزء الاخير ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تقدم ما يصح مخرجا منه شيء ولو قال واحدة وثنتين الا ثنتين [illegible] الا ثنتين يقع الثلث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه في الاوليين اخرج الثنتين من الثنتين او الواحدة من الواحدة وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق في الثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما ينصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخيرة منها وكما قيد الطلاق المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر او مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فانه حينئذ ذكر في كتاب الولوالجي لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلاثا الا ثنتين الا واحدة كان الواقع ثنتين لانك اسقطت من الثلاث ثنتين اولا فصار الحاصل واحدة ثم اسقطت من الساقط عن الصدر واحدة فجبرها الصدر فصار ثنتين فقد خرج من الثلث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم اخرجها من الثلث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على ان الثلث المستثناة من الثلث لم يبطل بل يتوقف الى ان يظهر استثناء ما بعده فيصح والا فيبطل واعلم ان حاصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته ومن فروعها المسمى في قوله له علي عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا اربعة الا ثلثة الا اثنين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين واربعا الا ثلثا يقع الثلث ذكره القدوري واصله ان الاستثناء تصرف في اللفظ اولا ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء فلو وقع اكثر من الثلث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اربعا الا ثنتا تقع واحدة او عشرة الا تسعة طلقت واحدة او خمسا الا واحدة يقع الثلث وفي المنتقى طالق ثلثا وثلثا الا اربعا فهي ثلث عند ابي حنيفة وزفر رح لا يصير قوله ثلثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند ابي يوسف رح يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد رح كانه قال ستا الا اربعا وذكر شيخ الاسلام انه ينوي فان قال عنيت ثنتين من الثلث الاول وثنتين من الثلث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية كذا الحلواني في هذه المسئلة ولا في المنتقى فلو قال طالق ثلثا الا واحدة او ثنتين فعليه البيان فان مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رح وهو قول محمد رح وهو الصحيح وفي رواية اخرى ثنتان وما قيل ان هذا تناسب اصل ابي يوسف رح يعني في منع اخراج الاكثر فما لا ينبغي لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه ثم هذه الرواية تناسب تلك الرواية ووجه الصحيح انه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة **فرع** اخراج بعض التطليقة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال طالق ثلثا الا نصف

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه

تطليقة وتقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول ابي يوسف ثنتان لان التطليقة لا تتجزى في الايقاع فكذا في الاستثناء فكانه قال الا واحدة قلنا الجواب انه في الايقاع انما لا تتجزى لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزى فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا

باب طلاق المريض لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا جزءا شرع في بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري اذ لا شك ان فهم المراد من لفظ المريض اجلى من فهمه من قولنا معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربعة بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفى. **قوله** في مرض موته احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان في الرجعي يرثها وترثه في العدة وان طلق في الصحة بقيام النكاح قال ابن المنذر اجمع اهل العلم ان في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة واجمعوا انه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات احدهما لا يرثه الآخر بالعدة لانها لا ترثه اذا مات بعد انقضائها خلافا لمالك في قوله ترث وان تزوجت بعشرة ازواج ولابن ابي ليلى في قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول احمد ويعرف من تقييد الارث بالعدة انه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لانها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونها ممن يتوارثان حال الطلاق لان تعلق حقها بالارث انما هو اذ ذاك حتى لو كانت كتابية او امة حال وقت الطلاق لا ترث وان اسلمت في العدة قبل موته او عتقت وكذا لو قال في مرضه اذا اسلمت فانت طالق بائنا لا ترثه لانه طلق بائنا قبل تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض اكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة اشهر فعند ابي يوسف ترث وعندهما لا ترث بناء على ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملا على انه حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه وعنده يتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فيرث وعندهما لا يحمل على الزنا وان قالت بل على انه من زوج آخر بعد مدة الاول فتبين ان عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وسياق المسئلة في ثبوت النسب. **قوله** وهي السبب اي الزوجية هي السبب في الارث وقد انقطعت بالبينونة ولهذا لا يرثها اذا ماتت في العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين ومذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وعلي وابن مسعود والمغيرة ونقله ابو بكر الرازي ايضا عن علي وابي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولم يعلم عن صحابي خلافه وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاؤس وابن شبرمة والثوري وحماد بن ابي سليمان لنا ارث المطلقة الاجماع والقياس اما الاجماع فلان عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ بن زياد الكلبية وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في عدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه احد فكان اجماعا وقال ما اتهمته ولكن اردت السنة وهذه الرواية اليق مما روي عن عثمان انه قال حين ورثها فر من كتاب الله وقد ذكر عن عبد الرحمن انه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير في خلافته لو كنت انا لم ارثها اراد به لعدم علمي اذ ذاك بان الحكم الشرعي في حقها ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقرير لم يكن اجماعا لانه كان سكوتيا وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء ذوي الرأي فلذا قيل في تلك فتوى لاشتهار قضاء الحكم بمكة يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس في مسئلة العول وقول المالكية كان قضاء عثمان بها بعد العدة ساقط بقول الجمهور

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به
وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها

انه كان فيها واما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله او تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة
يتعلق بماله في المرض لانه سبب الموت ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فتقدم القياس على الاجماع وهذا القياس لا يتوقف على خصوص
قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده او لم يقصده ولم يخطر له واما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث
ومورثه بجامع قصد ابطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد فيثبت الحكم بثبوت نقيض مقصوده ولذا اختلف حكم
الثابت في الاصل والفرع فانه في الاصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل في طريق الآمدي لمناسب غريب لم يشهد له اصل
بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل اعني القاتل واما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث
ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان اصحابنا رأوا ان اشتراط العلة الامكان هو بقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لابد
ان يكون لسبب وسببه هو الزوجية والحق حيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم
ان بقاءه اما لحكم بقيامه حقيقة او قيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الا لقيام العدة فيلزم ثبوت ارثها
بموته في عدتها والمصنف لم يبين القياس اصلا في الالحاق بل قال قصد ابطال حقها ويرد عليه قصده ورضاها بالضرر ومثله لا يفعل الا ان يكون
هناك اصل شرعي يمكن الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد اصل سوى قاتل المورث ويمكن انه اعتبر اصولا كل من الزم ضررا بالغير بغير حق
تعليه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية سبب ارثها في مرض موته غير جيد لانها سبب ارثها عند موته من مرض او فجاءة والوجه ان يقول الزوجية
سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصده الى آخره **قوله** بخلاف ما بعد الانقضاء اي انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث فلم يبق
بقاء شيء من آثار النكاح بعدها على انه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وابي بن كعب ان امرأة الفار ترثه ما دامت في العدة ويحكى
قول ابي بكر الصديق ترث ما لم تتزوج على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة اي ما لم تقدر عليه **قوله** والزوجية الخ جواب عن قولهم لهذا
لا يرثها اي الزوجية في هذه الحالة اي حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فابانت نفسها بان
ارتدت يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة
مشرفة عليه لانها لا تقتل **قوله** فيبطل في حقه برفع اللام فيبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة
وحكما فلا يرثها اذا ماتت بخلاف ما اذا ابانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية حكما
في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفي سهو لانه ينعكس الغرض اذ يكون معناه لو كانت الزوجية
سببا لارثه منها فبطلت ولكنها ليست بسبب فلا يبطل واذا لم يبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به احد **قوله** فان طلقها ثلاثا بامرها
ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها بائنا بامرها ولهذا عطف عليه قوله او قال لها اختاري فاختارت نفسها فان هذا القيد انما يثبت طلقة
بائنة وكذا اذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما في الاول فلانها رضيت بالعلة واما في الاخيرين
فلانها باشرت العلة اما في التخيير فظاهر لانه تمليك منها واما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شرط الطلاق مباشرة اخذ معنى العلة
المباشرة بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتين في مرضه وقد دخل بهما طلقا انفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها

والعصفير لها او ان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا [illegible] او الطلاق الرجعي [illegible] بطلاق ومرضه [illegible] ثلثا

[illegible] ثم اقرها [illegible] ابو حنيفة [illegible] من الميراث [illegible] ابو يوسف ومحمد [illegible] وصيته [illegible]

[illegible] بعد الثلث [illegible] من الميراث [illegible]

[illegible] قوله وان طلقها [illegible] الطلاق [illegible] اجنبية [illegible] اختها [illegible]

[illegible] ابي حنيفة

في مسئلة [illegible] والانقضاء [illegible]

[illegible] الزكاة [illegible] والشهادة [illegible] الاحكام

وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلثاً بتعليق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لانها لم تباشر شرط الفرقة للاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل منها طلاق ضرتها لا الطلاق نفسها لخروج الامر من يدها باشتغالها بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معاً طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم اشتغلت بالايقاع من تعليق ضرتها وان طلقتا احدهما بان طلقت نفسها وطلقتها ضرتها وحدها وذلك معاً طلقت ولا ترث لانه اجتمع طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لانه اقوى وكل ما يصلح علة وقد تقرر انه يضاف الى كل ان ليس معه غيره ولو قال في مرضه طلقا انفسكما ان شئتما فطلقت احدهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما فلو كان فوره كأنه قال طلقا انفسكما ان شئتما طلاقهما بخلاف ما تقدم لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك فلو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلام منهما معاً ورثتا لان كلا باشرت بعض العلة بذكر شرط المجلس لانه تمليك لو قال في صحته امركما بيدكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد احدهما بالطلاق كتعليق المشيئة سواء الا انهما اذا اجتمعا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئتما لا يقع لانه جعل الراي لهما في شيئين فاذا اجتمع رأيهما في شيء صح كما لو وكل رجلين ببيع عبدين فباع احدهما وهنا كذلك فوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان على ما قبل الشرط ولو قال طلقا انفسكما بالف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي معاً او متعاقبا بانتا بالف ويقسم على مهريهما لان الالف مقابل بالبضعين فلا تعتبر قيمته عند الزوج فيقوم بما تزوجها عليه لم ترثا لان الفرقة لا تقع الا بالتزام المال فالتزام كل علة لانه شرط الطلاق فكان كل فعل واحدة علة وفعل الاخرى شرطاً والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتا احدهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مامورتان بطلاقهما فتعتبر آتيا ببعض ما امرتا به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه طلاق ببدل فشرط اجتماع رأيهما بخلاف المامورين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تمليك بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي **قوله** والتاخير اي تاخير محل الطلاق لفسادهي قد رضيت بابطاله ولذا لو حصلت الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلثاً فاجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لا ترث الا ان يكون بامره فبذلك فهو مكره لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منه وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو فارقته في مرضها بخيار العتق او البلوغ ورثها لانه من قبلها ولذا لم يكن طلاقاً وفي الينابيع جعل هذا قول ابي حنيفة ومحمد وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق لكونها مضافة اليه واورد ويشبه ان لا يرثها اصلا لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة واجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه تبقى النكاح في حق الارث دفعاً للضرر عنه او رد القصد في ابطال حقه كتعجيل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث امرأة الفار اذا مات بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية اكره على طلاقها ثلثاً لا ترث لعدم قصد الفرار ولو اكرهت على سؤالها الطلاق ترث **قوله** وان قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام لانهما مسئلتان ما اذا تصادقا على انقضاء العدة واقتسامنا [illegible]

قال وإن كان محصورا أو في صف القتال فطلقها لم ترثه وإن كان قد بارز رجلا أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل وأصله ما بينا أن امرأة الفار
ترث استحسانا وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما إذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء
وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لأن
الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله إذا مات
في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض
إذا قتل وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان الظهر أو إذا دخل فلان الدار

قبل المرض وبما إذا أبانها طلاقا ثلاثا في مرضه بسؤالها ثم أقر لها بمال أو أوصى لها بوصية فعند أبي حنيفة رح لها الأقل من الميراث ومن كل من الوصية والمقر به في الفصلين وقال زفر رح لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين وقالا في الأول كقول زفر وفي الثاني كقول أبي حنيفة رح لزفر أن المانع من صحة الوصية والإقرار الإرث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الأولى وبسؤالها في الثانية فيجب اعتباره وجه قولهما في الأولى ولكنها لم تكن متهمة لكنها ثابتة غير أنها لا أنها هي ثابتة في الثانية لا الأولى وذلك لأن ثبوت التهمة به باطن فإذا ير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الأولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل أن مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع أنا نقضي بالتهمة جواز الشهادة وثابتة في الأولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وإنما صارت أجنبية وعن هذا جاز وضع الزكوة فيها وأن تتزوج بآخر من وقت التصادق ولأبي حنيفة أن قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة أيضا نظرا إلى تقدم النكاح المقيد للألفة والشفقة وإرادة إيصال الخير وما لم يظهر اتفاقا عليه إلا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الإقرار والوصية وهذه التهمة إنما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الأحكام إذ لم تجر العادة بالتواضع لتزوج بأختها أو هي بغيره أو لدفع الزكوة أو للشهادة فكذا أجدنا فيها إلا في حق الورثة وهذه التهمة إنما هي في الزائد فتبقى تم بأما خذه إنما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته أنه لو توي شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ولو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك لو كان دينا كان ذلك لها ولو أرادت أن تأخذ على التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر فقال فيه بعضهم إن ما أخذه ح لو أقر بقبضها وكان صاحبه أو خلعها في مرضه ثم يثبت في جرلب النفقة وكذا لو قال كنت جامعت أمك وتزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر القرابة أي قرابة الولاد فلا يقبل من الولد وإن سفل لأبيه وجده ولا الأب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي أن ينظر إن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمتها في مرضه فذاك يدل على عدم المواضعة والإحسان إليها فحينئذ لا تهمة في الإقرار لها والوصية وإن كان غير ذلك حال العطاء وبالتهمة في حذه ينبغي أن لا يصح إقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما إذا قالت كل امرأة غيري أو تزوجت عليّ فقال كل امرأة لي طالق فإنه قال قيد الأول بحكم الحال إن كان قد جرت بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وإن لم يكن كذلك لا يقع قال السروجي فمقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هنا أن يحكم هنا انتهى وقد يفرق بأن حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت عليّ ونحوه إذا اقترن بالمشاجرة أما هنا فلا إذ الإيصاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر في أن تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها إلا لمن لها غاية الحاصل أن الغالب بذلك التواضع أيضا على إظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل ذلك أهل الحيل للأغراض **قوله** ومن كان محصورا الخ الحاصل أن يبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك يكون حال صحة المرض كما يكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقديم للرجم والقتل قصاصا أو في سفينة فتلاطمت الأمواج وخيف الغرق أو انكسرت وبقي على لوح أو افترسه سبع فبقي في فمه بخلاف ما إذا كان محصورا في حصن أو في صف القتال وممحوسا للقتل أو نازلا في مسبعة أو في مخيف من العدو أو راكب سفينة دون ما ذكرنا والمرأة في جميع ذلك كالرجل فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرنا من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد ورثها على بيانه آنفا والحامل لا تكون فارة إلا في حال الطلق وقال مالك رح إذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة قلنا الغالب عندها السلامة

[illegible]

حكمها بالة وعن ابي حنيفة وابي يوسف ... ورثت لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه ... كالمكره آلة له

ولا يخاف منه الا في الطلق ونحوه بالمرض قيل ان لا يقدر ان يقوم الا ان يقام وقيل اذا خطا ثلاث خطوات من غير ان يهادى فصحيح والا فمريض وضعف بان المريض جدا لا يعجز ان يتكلف لهذا القدر وقيل ان لا يقدر ان يمشي الا ان يهادى قيل ان لا يقوم بحوائجه في البيت كما اعتاده الاصحاء وان كان يتكلف الذين يقضيها فيه وهو يشتكي لا يكون فارا لان الانسان قلما يخلو عنه فاما من يذهب ويجيء ويحم فلا وهو الصحيح فاما اذا امكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح انه هذا في حق الرجل اما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فاما اذا صار قديما ... والا فكالصحيح وبه يفتي برهان الائمة والصدر الشهيد وقيل ان ما يرجى برأه بالتداوي فهو كالمريض والا وقيل لو كان يزداد ابدا الا ان كان يزداد تارة ويقل اخرى ولو قرب للقتل فطلق ثم خلي سبيله او حبس ثم قتل او بات فهو كالمريض ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بغير ... قوله وما يكون الغالب منه الهلاك لا يثبت له حكم الفرار يقتضي الحاق حالة الطلق الحامل والمبارزة بحالة الصحة الا ان يرى لمن علم فليس من قرانه فالاولى ان يعلق بما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الهلاك كما لما ذكره في المرض على ان غالبا يتعلق بالخوف وان لم يكن الواقع عليه الهلاك فما قيل اما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرض فقال الشافعية نعم ولم اره لمشايخنا قوله فانت طالق اي طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعي اسد الموفق قوله اما ان يعلق الطلاق لم ينضبط اما ان يعلقه بفعل هذا والثاني التعليق بمجيء الغد والاول اما بفعل نفسه او غيره وهو اما المرأة او اجنبي والكل على وجهين اما ان يكون التعليق ووقوع الشرط في المرض او الشرط فقط ففي التعليق بفعل الاجنبي ومجيء الوقت ان كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رح ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان ايقاعا في المرض ولنا ان المعلق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا يعني لسلم قول زفر انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ولو حلف بهذا التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الاول وحنث في الثاني ولا ظلم الا بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبي ومجيء الوقت فلا يكون ظالما واما في التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال ان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان في المرض او لمباشرة الشرط ان كان التعليق في الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار من جانب الفاعل لا ينفي الضمان كمن اضطر الى اكل مال الغير او اتلفه ناسيا او خطأ يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما برضه فاضطراره الى ابطاله لا يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار ولا فرار مع عدم القصد وقوله وان لم يكن له من فعل الشرط بد خلو من التعليق العقد او تباطؤ عن المنفي اثبات حكم الفرار اذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار دون الشرط لا بد منه في حال كون التعليق في المرض والصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس في حال تعلق حقها ويمكن ان يقال انه استدل عليه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بوجود اسباب الموت انه لا اضطراره الى الشرط مقبلة فكان حال التعليق في الشرط انما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد كالكلام لم يدلم ترث قوله لانها راضية بذلك اي بالطلاق لان الرضا بالشرط رضا بالمشروط وعليه الولوال عبد المشركين في العبد المشترك ان حر ...

اي الى مكروه قال [illegible] اذا علق [illegible] ... فاتقعد ... انه تغير [illegible]

[illegible] انه لا حق لها [illegible] ثم اسلمت [illegible] قبل موته [illegible] ولم

[illegible] الفرقة [illegible] بالمطاوعة [illegible] بانا في الارث

[illegible] حال قيام النكاح [illegible] بالمطاوعة [illegible]

[illegible] قال محمد [illegible] بالتعليق [illegible]

[illegible]

[illegible] فيكون مطلقا بالتعليق بمجيء الوقت [illegible]

[illegible] والضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط [illegible]

مضطر الى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الاعتاق فانها موضوعة فيما اذا كان احد الشريكين قال ان لم اضرب [illegible] اليوم فهو حر فقال له

شريكه ان ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لانه مضطر الى فعل الشرط وفعل الشرط مضطر الا بدل على الرضا [illegible]

في الكافي بان حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بادنى شبهة الرضا ولا كذلك الضمان فقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى

لنفي حكم الفرار وان كان الفعل مما لا بد لها منه كاكل الطعام والصلوة الواجبة وكلام الابوين ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود

والتنفس فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة **قوله** كما في الاكراه بان اكره انسانا على اتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن فينتقل الفعل

اليه كذا هذا وكفعل القاضي ينتقل الى الشاهدين حتى يضمنا اذا رجعا لانه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق وفي مبسوط فخر الاسلام الصحيح

ما قال محمد **قوله** فلا يصير الزوج فارا يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص انما يتحقق بطلب الابانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق الا

في مرض موته وقد ظهر خلافه او نقول هو بطلاقه فار لكن الفرار انما يوجب الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة **قوله**

ولو طلقها اي بائنا ثلثا او غيره في مرضه وهذا لانه فرع على ان الطلاق بنفسه سبب للفرار [illegible] لا تتفرع ارثها عليه الا اذا عادت بعد الابانة بائنا او ثلثا

[illegible] لا ترث كما لو طاوعت حال قيام النكاح **قوله** لم ترث بخلاف النفقة فانها بالردة تسقط ثم بالاسلام تعود لانها [illegible]

قوله لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بعد ذلك لا الطلاق ولم يوجد ما يزيله لان المحرمية لا تنافي الارث بل تثبت معه كما في الام

والبنت فانها تنافي النكاح خاصة فيبقى الارث لعدم المزيل فرجع فيه وهو الباقي الارث **قوله** في حال قيام النكاح اي [illegible]

قوله فتكون راضية ببطلان السبب وهو النكاح وذلك رضى ببطلان المسبب **قوله** لتقدمها عليها اي لتقدم المحرمية على المطاوعة وحصولها

بالطلاق السابق عليها **قوله** وقد بينا الوجه فيه هو قوله لانها مضطرة في المباشرة اي مباشرة الشرط ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل والاوجه كونه قوله بعد ذلك

لان التزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه الخ لان الاول ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض و

وما ذكرنا ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه فان القذف كان في الصحة

واللعان في المرض **قوله** فهي ملجأة الى الخصومة ظاهر في ان الملحق بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها اي مطالبتها بموجب القذف

لانه يدفع العار وقد جعل لعانها ايضا فهي ملجأة اليه من قبله اذ لعانه يلجئها الى لعانها لا يقال هو ايضا ملجأ الى لعانه من قبلها لان

الالجاء في الكل منه واليه لانه الجأها الى الخصومة واثر لعانه فكان لعانه منسوبا الى اختياره فهي وان باشرت لعانه آخر من هذه الفرقة وهو

ما تمسك به محمد يعني لان لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها اليه وقيل في وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل لم يكن قذفه في حال تعلق

حقها بماله فلا يكون [illegible] ثم قيل على الاول ان سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان واجيب بان الملجئ للقاضي الى الحكم والحكم لا يستند الا الى الشاهد

واللعان هو الشهادة الملجئة **قوله** فيكون طلاقا بالتعليق بمجيء الوقت كانه قال في صحته اذا مضت اربعة اشهر ولم اقربك فانت طالق فمضت

في مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو علق في صحته بامر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارا واورد عليه ان الايلاء في الصحة ليس مثل التعليق

بمجيء الوقت بل نظيره التوكيل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه متمكن من عزله فاذا لم يعزله كان فارا كذا هو متمكن من

[illegible]

من ابطال الايلاء في المرض باسقاطه فاما لم يفصل ينبغي ان يكون فارا آجيب بالفرق بانه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفيء باللسان لا يجزيه لو كان الايلاء في حال الصحة بل اذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل

قوله في جميع الوجوه اي سواء كان الطلاق بسواله او لا او كان التعليق بفعلها او بفعله والفعل مما له منه بد او لم يكن لا يستثنى من عموم الاقسام المعدودة فانه مشروط فيها جميعا **تذنيب** قال صحيح لموطوئتيه احدكما طالق ثلثا ثم بيّن في مرضه في احديهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بالفيء وعليه مقصود كما لو انشأ فيتمل الانشاء في حق الارث للتهمة ولو ماتت احديهما قبله ثم مات بقيت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمي فانتفت التهمة عنه كما لو علق في صحته بمجيء راس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث لانه بيان حكمي بخلاف ما قبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض فان كان له امرأة اخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا يزاحمها الا امرأة واحدة لان احديهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترثه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانها بخروجها عن اهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو اشتكى في مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى بينهما ولو كانت له امراة اخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم ترد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فانما تستحق النصف حتى لو كان معها امراة اخرى كان لها الربع وثلثة الارباع للمراة الاخرى لانا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها في الربع فكان للمعينة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهي منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احديهما لاقل من سنتين فهو ليس ببيان او بقي الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطي قبل الطلاق وذا لا يصح بيانا فلا يكون بيانا بالشك اذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد امر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التي لم تلد يلاعن بينه وبين التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التي ولدت يحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف اجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم انو عند الايقاع احدا ولكن اريد المبهم التي ولدت لا يحد لانه قذف منكوحته لان الطلاق يقع عند وقت التعيين ولا يلاعن ايضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطي بعد الطلاق وحكم الشرع بثبوت النسب حكم بكون الوطي منه ضرورة والوطي بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التي ولدت للنكاح فان نفى الولد لاعن ولا يقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احديهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطيها لا يصلح بيانا ووطي صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر

باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة
استدامة الملك ألا ترى أنه سمي إمساكا وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة

من سنتين فحصل العلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين أما علوق الأخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الأقل
تنقضي بوضع الحمل إن كان بين الولادتين ستة أشهر فصاعدا لأنا تيقنا أن علوق صاحبة الأكثر بعد الطلاق وعلى هذا لو كان قبل ولادة صاحبة
الأقل وقبل الولادة هي حامل فعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الأقل بالحيض لاحتمال أن صاحبة الأكثر كان
بعد ولادة صاحبة الأقل وإذا احتمل ذلك وجب عليها الحيض احتياطا ولو قال الزوج كونه على صاحبة الأقل أو الأطلقت صاحبة الأكثر لا يصدق في صرف الطلاق
عن صاحبة الأقل فطلقتا ولو قال زينب طالق والمرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعينتها طلقتا وإن ولدت كل واحدة لأكثر من
سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى لا يكون بيانا للطلاق في الأخرى فإذا ولدت الأخرى بعده لا يجعل الطلاق الواقع عليها آخر
غير معلوم ولكن إذا دخل بهما ثم الأخرى يقع الطلاق على المطلقة آخرا لأنهما ويثبت نسب الولدين أما الولد الأول فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال علوقها ثم قبل
طلاق الأول ثم تنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد
الثاني في مدة الفصاد وتنقضي به العدة لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق حال وقوع الطلاق الزوجية قائمة وبذلك يحمل دخوله قبل ولادة الولد الأول ثم يصل إليه
إلى رجعها لأنه بمقربها ووصفت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث لأن ذلك لما حال ترددا للثلاث والشيء في تردد له
غير نازل فثبت النسب احتياطا فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لأنا جعلناه واطئا حال قيام النكاح من الكافي والله أعلم

باب الرجعة وجه المناسبة في تعقيب الطلاق بالرجعة ظاهرة إذ الرجعة متعددة لا تتقدم. يقال رجع إلى أهله ورجعة إلى الله ﷻ وقال الله تعالى فإن رجعك الله إلى طائفة منهم ويقال في مصدره الفصيح رجعا وجوعا ورجعا والرجعي والرجعة بكسر الراء وهو قال والأول مصدر تبرك **قوله** رجعية الرجعي تعليق المدخول بها ما دون الثلاث بلا مال ولا بعض
الشيئين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف بالشدة وبعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات أما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلأن ما عداها من
الكنايات رجعية غير بائنة فما فقد شيء من هذه فليس فيه كالثلاث على غالب الكنايات ولو بالمال وكالواحدة على المال وقبل الدخول لأنها لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة والمشبه
بالمشبه مستدرك على ما في النهاية وغيرها **قوله** لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف بعد قوله إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فإذا بلغن أجلهن والمراد بلوغ
الأجل قرب انقضاء العدة إذ في قرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن لا رجعة بعد الانقضاء ففي الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل
وعلى شرعية الرجعة ثابت لأن الأمر مطلق في التقدير يتبع الإيجاب ولم تنعرج بصورتين بل الظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق بعلها بردهن
أي بالرجعة إن شاء أو أبت وحكيه استدراك الرجع ملتزم سنة من التفريق في مقدمة النكاح للغير إلا أنه له الغير وهو أحق منه حتى لا يشترط العدة ولا يكون
بعد انقضاء العدة وهو دليل على قيام النكاح أيضا وقد منا في باب إيقاع الطلاق أن طلاق الرد لا يوجب أن البعل مجاز باعتبار ما كان لأن الرد يصدق في حقيقته
بعد انقضاء سبب زوال الملك فإن لم يكن زال بعد يقال رد البائع المبيع في بيع الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب فصار حمله كان حمل الرد
على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل على من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد كما يلزم حقيقة البعل يحمل الرجعة إمساكا في قوله تعالى
فأمسكوهن بمعروف وتحمل يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد إلى الحالة الأولى من كونها بحيث لا تحرم بمضي العدة فلا إشكال حينئذ أصلا
قوله ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة إمساك على الوجه الذي كان ولا وجه للملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة ليستدام فكأنه جواب عن
[illegible] قيام العدة ومكنك ما يستدل قيام العدة ما يأتي شرطيتها ما نورد ما قلنا **قوله** [illegible]

[illegible] ... قلنا [illegible] ... بين [illegible] ... عليهما
[illegible]
[illegible] ... بالمفارقة [illegible]
في المعصية [illegible]
[illegible] ... ظاهر الرواية [illegible]
[illegible] ... يقع الطلاق [illegible] ... الانقضاء [illegible]
[illegible] ... والاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء ولا رجعة لا يثبت به

من المس وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك وإسحاق إن أراد به الرجعة فهو رجعة **قوله** خصوصاً في الحرمة فإن السبب المطلق لها فيها مطلقاً إلا النكاح بخلاف الأمة فإنها تحل بملك اليمين **قوله** غير أنه لا يستحب ... والشاهد على الزنا **قوله** ولو كان نظر إلى غير الفرج ليس برجعة لأنه قد يطلقها إلا أن يقصد الطلاق ومن هذا التعليل يفيد أن النظر إلى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطء في الدبر أشار القدوري إلى أنه ليس برجعة والفتوى على أنه رجعة ولو مس بشهوة أو نظر بلا شهوة لا تثبت الرجعة وبعد شهوتها صارت رجعة والمجنون بالفعل لا يصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال جامعتها وأنكرت فله الرجعة ولو قال لم أدخل بها لا رجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب أن يراجع بالقول وفي الينابيع الرجعة سنية وبدعية فالسني بالقول **قوله** وهو قول مالك المذكور في كتبهم أنها تصح بلا إشهاد وأنه مندوب إليه كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب إلى الشافعي قول الغير مشهور عند أصحابه فإنه قال في المبسوط وفي الجديد للشافعي والإشهاد مستحب وفي الروضة لم يشترط على الأظهر **قوله** ولنا إطلاق النصوص عن الرجعة من غير شرط الإشهاد كقوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها فهذه النصوص ساكتة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل وما تلي فليس فيه دليل عليه إذ الأمر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله وأشهدوا واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب فإذا ثبت أنه أريد به الندب بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به الإشهاد بالنسبة إلى الكل وإلا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب بالنسبة إلى المفارقة فلزم أن يراد أيضاً بالنسبة إلى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملاً لهما هذا على قولنا أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض عليه إلا بمناقضة الأصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الأصول ومع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف وقد علمت ما في الاشتغال بجوابه التناول أصلاً **قوله** كيلا تقع في المعصية قيل عليه لا معصية بدون علمها بالرجعة ودفع بأنها إذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الأمر واستشكل من حيث إن هذا إيجاب السؤال عليها وإثبات المعصية بالعمل بالأصل عندها وليس السؤال لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فوجود إعلامه إنما هو ليقطع ذلك فإذا كان مستحباً إذ تقع في خاص حقه فكذا السؤال إنما يكون مستحباً إلا في النكاح كذلك لو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهي امرأة الغائب دخل بها الثاني أو لا **قوله** وإذا انقضت العدة فقال هنا مسئلتان الأولى إذا لم يعلم رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الإنشاء فإما أن تكون المرأة صادقة وكل منهما إما أن تصدقه أو تكذبه ففي الأولى إن صدقته تثبت الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى وإن كذبته لا تثبت لأنه أخبر بخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه وهو مجرد دعوى ملك في وقت لا يملك إنشاءه فيه فلا يجوز قبولها مع إنكار المدعى عليه إلا ببينة بخلاف ما إذا كان ذلك في وقت يملك فيه إنشاءه كما إذا قال في العدة كنت راجعتك أمس حيث يثبت وإن كذبته لأنه ليس متهماً فيه لتمكنه من إنشائه في الحال وكذلك إذا كانت العدة قائمة فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل أنه باع العين صدق لملكه الإنشاء وبعد العزل لو أخبر ببيعه سابقاً وكذبه المالك لا يقبل قوله إلا ببينة لأنه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تستحلف المرأة إذا كذبته بل تبين له حالها بلا يمين عند أبي حنيفة وهي من الأشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وتقدمت ... إن كذبته فالقول لها عند أبي حنيفة [illegible] فالقول للمولى [illegible] اختلف في قول أبي حنيفة [illegible] الصحيح أنه

وإذا قال الزوج بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها في العدة فصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة وقالا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة

وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل

لقولها وسيأتي وجه الأقوال في الكتاب فإنه فصل بين قوله الحق وبين قوله اللاحق بالمسألة الثانية وبنى فيما إذا قال قبل الانقضاء على موافقة فنقول أما المسألة الثانية فإن قالت مجيبة انقضت عدتي متصلا لا تثبت الرجعة اتفاقا إلا أنها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ولو قيل وجب إحالته على أقرب حال التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة لكن إن قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا أن ادعت أنها علقت [illegible] ثبت في ذلك وعندهما تصح الرجعة لأنه أنشأها حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا إذ لم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتي حيث تطلق أخرى ولأبي حنيفة أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار شرعا فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق في قوله أنت طالق مع انقضاء عدتك على هذا الاتفاق أن يخرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة ومسألة الطلاق المقيس عليها ممنوعة فلا يقع عنده قيل والأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ به بإقراره بالوقوع في حق نفسه ولا يخفى أن هذا الاعتذار ليس بشيء لأنه لا يكون إقرارا أنها المطلقة الشأن في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع ثم لو عرف أن مقتضى الفقه كون الواقع وجد في حال الانقضاء فعلى قول لا يعتبر بل يقع لأنه أقر على نفسه [illegible] والأوجه فيها وعلى صحة أن طلقتك يشبه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء يحمله لتقدم الطلاق الأول أي راجعتك بالعكس فإن لم يسلم هذا فالتعويل على أنه يستحلف المرأة ههنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها والفرق لأبي حنيفة رح بين هذا وبين الرجعة حيث لا يستحلف عنده أنه لم يبق في العدة أن لزوم اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء الستة فإن بذلها لا يجوز ثم إذا نكلت ههنا ثبتت الرجعة بناء على ثبوت العدة بالنكول لما عرف وقد يثبت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة **قوله** وإن قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عنده وقالا القول للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج كان راجعها في العدة لأنه ينفذ [illegible] حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره بخلاف إقراره بتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول إن حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء فالقول لها فيها أصلا فكذا فيما ينبني عليها وفيه نظر إذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه فيما ينبني عليها إلا إذا لو فرق لأنه لا وجه قولها في العدة قولا أي بأن تدعي فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها إلا أن ذلك لأن كون القول قولها فيما ثبت لا لأجل أن القول لها في المستلزم لأنه مقتضيه فيها وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى ينافيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها إنما ادعى في حال لا ملك له عليها بما يقبل الانقضاء وهي منكرة أن يكون ذلك فعل فلا يقبل عليها **قوله** ولو كان على القلب بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق **قوله** في الصحيح احترز به عما في الينابيع أنه على الخلاف أيضا قال بعض أصحابنا لا يقضى بشيء حتى يتفق المولى والأمة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا ويحتمل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لأبي حنيفة أن الغرض أنها منقضية العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى في المتعة فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملك المولى مع قيام العدة **قوله** وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك [illegible]

ومن الاحكام الثابتة ايضا ضرورية متناهية فرق تنقطع بلمس المصحف عندهما وقيل بمجرد التيمم يحكم بجواز الصلاة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا انه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا

او بوجود لغيته فعلى الاول لا يرتفع الا الماء بعين قبل ان صار محل احتياط وغير ان الراجح هو الغسل ثم ان المقدم في باب التيمم من الحدث عندنا انه امر يقدر على اثبات ان الحدث صفة حقيقية قائمة بالاعضاء زائدة على نفس المانعية الشرعية وعلى هذا الاشكال في ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه المتقدم ان الحدث اعتبار شرعي غاية ان يقطع ذلك الاعتبار الى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء فالدليل الملجئ الى هذا كون رؤية الماء لا يعقل جعلها كونها نفسها ناقضا ثم التغليظ وجه تعيين كل منهم احدى الجهتين بخصوصه في كل موضع الذي عينه فيه فالحاجة تخصيص محمد رحمه الله فيه انه راى وجوب الاحتياط في الموضعين فالاحتياط في حق المتوضئ للمتيمم لا يصح ولا يبطل بذلك الا الجنبة الضرورية حاجته فيقول لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض مع وجود الماء فلا تثبت الا مع عدم كانت ضعيفة بالنسبة الى طهارة الماء فيكون للاقتداء ولما انه بناء القوي على الضعيف في الرجعة الاحتياط في انقطاعها ولا يبطل الا بجهة الاطلاق فالحاجة وما الحكم الذي في الموضعين لم يمكن من عكس المبني فيما به والباقي بعد هذا انما هو التعرض في الترجيح في الخلافين في الحكم وعندي ان قولهما في الاقتداء احسن من قول محمد وقول محمد في الرجعة احسن من قولهما لان الضعيف لكان في طهارة التيمم لم يظهر قط اثره في شيء من الاحكام عندنا فعلنا انه شيء له في نفسه فيجوز اقتداء المتوضئ به وتنقطع به الرجعة حضورها والاحتياط في ذلك ليس في اول وقائل ان يقول اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشر يرد الدليل وهو قوله تعالى ثلاثة قروء فلو كان من شرطه اشتراطه لانقضاء العدة يرده النص فان اجيب بان يقين الانقضاء يتوقف لفرض انه ليس اكثر الحيض والمتعال عود الدم وقع بان هذا الاعتبار الزائد يجري قطع هذا الاحتمال في الواقع ولا شرعا لانها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد ان كان انقطعت الرجعة بكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولو راجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا انه تنقطع الرجعة ثم عاد ولم يجاوز العشرة صحت رجعته وكذا الكلام في التيمم عليه جواب المسئلة في المقيقة لا تقيد بكذا اذا انقطع لاقل من عشرة ولم يعاود او عاود وتجاوز ما غيره لانقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة اذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته وان عاود ولم يتجاوز فالاحكام المذكورة بالعكس فتتامل **قوله** والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية على دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلوة ومقتضاه وكذا المس قد يحتاج الى مس المصحف للقراءة في الصلوة لنسيان وغلط ونحوه او اتقان وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلوة وقد يجب في الصلوة لنا **قوله** وقيل بعد الفراغ لتتقرر الحكم بجواز الصلوة قال في المبسوط وهو الصحيح فان فساد ما قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ولو تيممت وقرأت او مست المصحف او دخلت المسجد قال الكرخي يتقطع به الرجعة لان صحة هذه حكم من احكام الطهارة وقال الرازي لا تنقطع به **قوله** وان كان اقل من عضو انقطعت وذلك كبعض اليد والرجل كذا في المحيط والينابيع وكذا بعض الساعد والعضد والكاهل الا الرجل **قوله** والقياس في العضو الى قوله والقياس فيما دون العضو الاصل ان الحكم الثابت في العضو وما دونه استحسان فالقياس في العضو ان تنقطع لان للاكثر حكم الكل وفي بعض العضو لا ينقطع لانها لم تخرج من الحكم الطلاق ولم تخف في كل من القياسين في كل من العضو وما دونه فيقتضي ان يتعارض في كل منها قياسان قياس ان للاكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها فمبنى الاستحسان على اعتبار القياس الثاني او حاصله اعتبار عدم اصابة الماء الشيء وعدمه فانه عدم تنقطع الرجعة واذا ثبوت الاصابة انقطعت غير ان عدم الترك يتحقق في العضو لا في الاقل على ان كون للاكثر حكم الكل ليس على اطلاقه ممنوع بل انما يكم به في مواضع خاصة بنص او لاتي فيها انه مقرر شرعا فاحمد رحمه الله تفصيل المذكور وان العضو يتسارع الجفاف اليه بعد اصابة الماء غير مسيد بتقديره تنقطع الرجعة فكان انقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا وقوله لا يحل لها ان تتزوج بغيره حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا في الفرج حتى لو تيقنت عدم اصابة الماء ان كان العضو لم تنقطع الرجعة كما في الكامل

محمد عن ابی یوسف ان ترک المضمضة والاستنشاق کترک عضو کامل وعنه وهو قول محمد انه بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته

وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه

جعل واطئا واذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا يرى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان فلان تثبت به الرجعة اولى وتأويل مسألة الولادة

ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطء

فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعدما خلا بها

وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة

فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء

ذلك الموضع عن الاصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل لان احتمال خلوه عن الاصابة بعيد فيه جدا لان التغافل عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الاعضاء في غاية البعد فلم نعتبر شبهة فلم تنقطع **قوله** وعن ابی یوسف ان ترک المضمضة والاستنشاق کترک العضو الواحد اي اذا ترک کلا بانفراده کترک عضو وعنه وهو قول محمد کترک ما دون العضو قوله لان في فرضيتهما اي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنية تنقطع فانقطعنا ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا ولو بقي ما المنخرين لم تنقطع الرجعة **قوله** ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه قبل الطلاق ثم طلقها وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر بها المعتبر في مدة يتصور ان يكون منه بان يأتي به لستة اشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش واذا جعله الشارع منه فقد انزله واطئا وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لاقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع اياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة ما دامت في العدة وهذا العدم تعلق حق غيره باقراره وذلك نظير ما لو اقر بعين في يد انسان ثم اشتراها ثم استحقت فاخذت منه قبل ان يقضى بها للمقر له ثم وصلت الى يده بسبب من الاسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له لانه كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له بخلاف ما لو قال في عبد انسان انه حر الاصل او اعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بعتقه لاقراره بحرية السبب ان الحكم بصحة الشراء في حق الغير ان تكذيب الشرع اقراره انما يستلزم بطلان فرع تكذيبه الا لازم منتفيا ولو انتفى عدم الوطء لا رجعة ثبت وجودها فصار حقه في الرجعة بخلاف اقراره بما ثبت به حق الغير فان تكذيب الشرع يقتصر على حق نفسه فيبقى لازم المقر بالتكذيب لو لم يكذب فكذا كذب اقراره بالحرية وثبت الحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين صح تكذيبه بالحكم للمستحق فان قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وان كان لزوما شرعيا لان تخلفه يبطل اعتبار الشرع اياه لازما وقد فرض اعتباره لازما فالجواب ان الاستلزام في اللزوم العقلي اما الشرعي فقد يحكم الشرع باللزوم على تقدير فيقتصر الملازمة عليه هنا كذلك فانه حين اقر بالعين لفلان ثبت ان فلانا احق بها من غيره فلما كذبه الشرع بالقضاء للمستحق في اقراره له بقي فلان محجوجا بانه ليس لفلان بالنسبة الى المستحق فقط وانه له بالنسبة الى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه **قوله** الا يرى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان اي الوطء الذي يثبت بتكذيب الشرع اياه والاحصان له دخل في ايجاب العقوبة فلان تثبت به الرجعة ولا دخل لها في العقوبة اولى **قوله** تاويل مسألة الولادة ان تلد قبل الطلاق اي في مدة تصح بان تلد لستة اشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا **قوله** فان خلا بها المناسب اغلق بابا وكما فعل في ارخى لا بالواو لان كلا منها تفسير للخلوة لا استقلال باثباتها الا مباين لها **قوله** لان تاكد الملك بالوطء فبعدمه تبين بالطلاق لا الى عدة وشرط الرجعة العدة وقد اقر بعدمه فصار مبطلا حقه من الرجعة **قوله** لم يصر مكذبا شرعا الاضراب الانتقالي هنا ايضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا اثر للوطء ليس باشرا فيه كونه بناء على ذلك شرعا بل هو لما ليس لوطء بل هو بناء على تمام تسليم المبدل بوضعها بالتخلية التي هي وسعها ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس في وسعها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها مع ذلك لا احتمال كذبه او كذبها والعدة يحتاط في اثباتها لان انقضاءها يستلزم حلها للازواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في ابطالها فتجب العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها لاقامة الخلوة مقام الوطء لما اوجب ذلك قول المعتمد الصحيح ان العدة تجب على ما سيأتي انشاء الله تعالى والصحيح لو قال طلقها سكانا ان لا رجعة وان كذبته المرأة في الوطء **قوله** بخلاف الفصل الاول يتصل بقوله لم يصر مكذبا شرعا حتى تثبت النسب بل هو حامل الطلاق او بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم اجامعها حيث جعله واطئا لان الرجعة تبنى على الدخول وقد ثبت بثبوت النسب **قوله** معناه بعدما خلا بها وقال لم اجامعها اي ثم طلقها ثم راجعها لان الرجعة لا تصح الا بعد الطلاق لو جاءت بعده بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق صحت اي ظهر صحتها **قوله** الا ان

[illegible] وهذا المعنى يوجب استحبابه

على اعتبار الثاني فيه مواقعة لها بعد الطلاق مع ان الصواب في العبارة ان يقول لان على الاعتبار الثاني يحرم الوطي لزوال الملك بنفس الطلاق وعلى [illegible]
في عدم الوطي اذ المؤدي على عبارته كذا على اعتبار انه وطيها بعد الطلاق بزوال الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي فيه فيحرم وتحصيل المقصود من غير تحقق
بعد قولهم خطأ منا **قوله** والمسلم لا يفعل الحرام فان قيل الظاهر ايضا انه لا يكذب فالجواب بدون اعتبار يرد على الاول يلزم كذبه على الثاني فيلزم الزنا
وهو اعظم من شناعة الكذب **قوله** وهو ان يكون بعد ستة اشهر الى ان كان اكثر من سنتين ان فيه للوصل فافاد ان قوله بعد ستة اشهر معناه اي فصاعدا
اقل من سنتين او اكثر وان كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان الثاني يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لان امتداد الطهر لا غاية
له الا الاياس وبه يصير مراجعا بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وفي اكثر من سنتين يكون
رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول دون الثاني فان هذا الاحتمال منعدم هنا لانهما لما كانا من بطنين كان الثاني من حمل حادث البتة [illegible]
بينهما اقل من ستة اشهر لانهما من بطن واحد فلم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من حمل حادث على حدة بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة
لانها بالوطي لكنا تيقنا بعد الطلاق **قوله** وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة وهو ان يكون بين كل ولدين ستة
اشهر فان كان اقل فهما توأمان فيقع طلقتان بالاولين لا غير وبالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن يقع تطليقة واحدة
بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة
بالثالث فلا يقع به شيء وان كانوا في بطون فالولد الثاني بحيث كذا الثالث لانها لما جاءت بالاول وقع الطلاق بوجود الشرط ودخلت في العدة
وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطي حادث في العدة فيصير مراجعا قوله وبالثاني صار مراجعا [illegible] فيقع بالثالث
طلقة ثانية لان اليمين بكلما المقتضية للتكرار وقد دخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا ويقع الثالثة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطي في
النفاس وهو محرم لان النفاس لا يقدر بكمية خاصة فجاز ان يكون لحظة وجاز ان لا ترى شيئا اصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطي **قوله**
تتشوف التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلوه جهادا لصقالة **قوله** اذ النكاح قائم بينهما [illegible]
جميع احكامه سوى التوارث ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل هي المطلقة فمطلق سوى المسافرة بها فانها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس
وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن نزلت في الرجعية بسياق الآية وهو قوله تعالى بعدها لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا والمراد ان يراجعها
[illegible] ان الرجعية منقطعة والمسافرة بها حرام قبل الاشهاد [illegible] الكلام فيمن [illegible]
بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة [illegible] الرجعة جوابه الفرق [illegible] كما لا يحل لها السفر [illegible]
ليست منوطة بالسفر [illegible] والسفر [illegible] الخلوة [illegible] يصير راجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها [illegible] فيؤدي الى تطويل العدة عليها
وذلك حرام وقال السرخسي انه يكره الخلوة [illegible] يصير مراجعا [illegible] وهو مكروه [illegible] كراهة الخلوة
[illegible] تنزيهية [illegible] شمس الائمة الى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعا [illegible] النظر الى داخل الفرج وقل ان يقع مع الخلوة
حتى ان الانسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين [illegible] الا نادرا [illegible] لكن الجواب الذي ذكره المصنف [illegible] لان
[illegible] في عمل المبطل يعني الطلاق [illegible] النكاح لحاجة الزوج الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة [illegible] لا حاجة الى الرجعة

... فصل فيما تحل به المطلقة وإذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لأن حل المحلية باق لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه وإن كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها والأصل فيه قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة لأن الرق منصف

أن المبطل عمل الإبانة من وقت وجوده وإن مساواته لها كانت بأجنبية كما تقتضيه كراهة المسافرة بها ... العدة كذلك تقتضي حرمة الخلوة بها إن لم يكن قصده الرجعة يقتضي أنه لو راجعها بعدت ... وإن المبطل لم يعمل ... بين الخلوة والمسافرة بها كونها بأجنبية والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الأقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب ... إلى عدة مستأنفة والأوجه تحريم السفر مطلقا لإطلاق النص في منع السفر بها ودون الخلوة لعدم النص ... المنع هو لزوم الرجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ... أن الخلوة بأجنبية غير ... إذ حالة ... كانت زوجة يباح مباشرتها فيباح من الزوجة **قوله** فلذلك يعني يستبد به يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء والدليل ينافيه أي دليل الاستبداد وهو شبه الرجعة بغير رضاها ينافيه أي ينافي الإنشاء لأنه لو كان إنشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج إلى رضا المرأة وإذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطا وما يدل على بقاء الزوجية في الرجعة من كلام هذا منافي أول الباب من النصوص وما يرجع إليه **قوله** والقاطع أي جواب عن قول الشافعي وإن الزوجية زائلة لوجود القاطع قلنا ... الرجعة تثبت بلا رضاها فيفيد أن حاله بعد القطع ... على الزوج على ما تقدم من أن حق الرجعة ثبت له

فصل فيما تحل به المطلقة لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره **قوله** لأن حل المحلية تركيب غير صحيح والصحيح أن يقال لأن حل المحل باق وإن المحلية باقية وهذا لأن المحلية هي كون الشيء محلا ولا معنى لنسبة الحل إليها إذ لا معنى لحل كونها محلا **قوله** لأن زواله مرجع الضمير الحل ... فينعدم الزوال **قوله** ومنع الغير جواب عن مقدر متبادر من العبارة أن يقال ما الفرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا الغير فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الأجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر ركيكا أن النهي في العدة عام بالنص قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استشكال الإطلاق للزوج في العدة وعموم النص بمنعه والأول طلب الفرق فحاصله عموم ... في ضمير تقربوا في العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالإجماع فيلزم تخصيصه من العموم الأول وحكمة شرعية العدة في الأصل أن لا يشتبه النسب ولا اشتباه في إطلاقه أي إطلاق صاحب العدة من ذلك لأن الأمن ... فلذلك جاز الإجماع على إطلاقه وإطلاق ... فليس هذا الكلام بيان ... دليل التخصيص أعني الإجماع لأن النص ... والآية ... في تمامه ... طلاق الغير ... بيان ... المانع من إطلاقه ... لكن النص ... مع المانع بل هو منتف فجاز الإجماع ... أن العدة بعد المبطل من رفع الاشتباه وجود الحاجة إلى الرفع يقتضي لثبوت العدة ... من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة إلى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها ... لانتفاء المقتضي للعدم لا ... العلة لا تؤثر في العكس ... ليس ... علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم أعني وجوب العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ... إلا أن يكون ... الحل ... حيث ... خلاف ... الناس ... **قوله** وإن كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ... لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها أو غير مدخول بها لصريح إطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب أن في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لا يحل لمسلم رآه أن ينقله فضلا عن أن يعتبره لأن في نقله إشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الأمر فيه ولا يخفى أن مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال ... الفرق ... النوازل الأمر فيه من ضروريات الدين لا يبعد إكفار مخالفه **قوله** والمراد أي المراد بقوله تعالى فإن طلقها

وهذا هو محمله فإن طلقها بعد ما وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح لأنه في معنى المؤقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يهدم ما دون الثلاث

ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه الليث وأبو عثمان بن صالح المصري ثقة أخرج له البخاري في صحيحه وقال ابن القطان ثم نقل عن ابن معين أنه وثقه العلامة الشيخ ذكره ابن أبي حاتم لم يرد عليها ابن القطان ثم لا غير وقال الزيلعي في تخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لأن المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وقال برهانه اعتراض ثم جوابه الآخر فنشأ عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك أنهم لا يطلقون اسم الحرام إلا على منع ثبت بقطعي فإذا ثبت بظني يكرهه وكراهة مع ذلك سبب للعقاب في الإثم فكلامه فيه يقتضي لازم الحرمة الفساد وليس كذلك إذ قد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطي كلامه من تسمية النهي الثابت بظني حراما **قوله** أي الحل الشامل هو محمل الحديث لأن عمومه في الحل مطلقا غير مراد إجماعا والأشمل التشريع تنزيه رغبته **قوله** لأنه في معنى الموقت والموقت في معنى المتعة هو المتعة على الحقيقة فليفسد فلا يحلها والتسمية محللا لا يستلزم الحل الجائز لكونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا الحل لأنه ملعون وعقد النكاح نعمة ولهذا كان سماه اللعن عليه وعليه ما في مستدرك الحاكم جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها الأخ لا بل تحل للأول قال لا إلا نكاح رغبة كنا نعده سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع والتسمية محللا لا يستلزم تعيين حقيقته لأن الوطء قد يكون في ليلة أو مرة وبعد مدة أو شهر فلا توقيت صريحا ولا معنى وحقيقته الحل ثبت الحل الأول من قام به بمجرد طلبه إلا أنه مع ما يحتسم من العبد الممنوع مع قول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض به الحديث وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم أنهم كانوا لا يحكمون بحلها للأول لصدقه مع ثبوت الحرمة **قوله** لأنه استعجل ما أخره الشرع حاصله أن المفسد هو التوقيت منتف لأنه لم يصح تعيينا والفرض هو طلبه أن يحلف له فاستعجله بطريق محظور كقاتل لمورث إلا أن هذا القياس معارض للنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا إلى حين التزويج بزوج آخر فعند وجود الغاية ينتهي المنع فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البعد من التكلف فإنما هنا إن لا يطلقها المحلل أن تعرفها وبحكم نفسه على إن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد فإذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الأمر بيدها هكذا ذكر بناء على ما عليه العامة أن شرط التعليق بطلاق مع صح النكاح وذهب بعضهم إلى أنه يصح الشرط أيضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه نقل عن أبي حنيفة في روضة الزندويستي وكذا في عامة في ظاهر الرواية وإليه أن يعول عليه الحكم لا ما ذكرناه ضعيف الثبوت لمخالفته قواعد المذهب لأنه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين منها ما يفسد كالبيع ونحوه ومنها ما لا يبطل فيلغي الشرط ويصح الأصل فلا شك أن النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وأن لا يجبر على الطلاق ثم يكره بالشرط كما تقدم من محمل الحديث يبقى ما لو نوى قصد التحليل بلا كراهة وما عن السروجي من أن الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل الكلام لا يلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون معروفا بين الناس تداول هذا لكنه فيمن نصب نفسه لذلك صار مشتهرا به وهناك قول آخر وهو أنه مأجور وإن شرطه لقصد الإصلاح وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الأجر على ذلك ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جاز الحمل على نحو قصة حال الغيرة الشخص لكن أن يقال إن مقتضى العنوان تعلق اللعن بإذا كان شرطه فلكمان نصب نفسه لهذا الأمر شرطه أو لا لأن المحلل من فعل تشديد اللعن وهو مما يكتسبه ويستلزمه قول الفاعل أو المفعول طوله أو تعليق اللعن بمجرد إذا شرطه فقال المحلل من أحلها بمجرد التسمية لكن حديث ابن عمر يقرب فيكون من تعلق الحكم وإن لم يكن فيه تكلف **قوله** ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث التطليقتين يعني إذا ثبت دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسألة بالحرة لو منهما هدم الطلقتين ولا يتحقق في الأمة لا هدم طلقة واحدة لأنه لا هدم في الأمة أصلا **قوله** وقال محمد لا يهدم والمسألة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت

لانه غاية الحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولنا قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت
للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتى وتزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت
عدتى والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان فى غالب ظنه انها صادقة

عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها او طلقها ثم انقضت عدتها واراد الاول ان يتزوجها على كم هى عنده فالتفت الى ابن عباس رضى الله عنه وقال ما تقول فى هذا فقال
يهدم الزوج الثانى الواحدة والثنتين والثلث اسئل ابن عمر قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس وروى البيهقى من طريق الشافعى وبسنده عن عمر رضى الله عنه نحوه
قال هى عندى على ما بقى ونحوه عن على رضى الله عنه ونقل عن ابى بن كعب وعمران بن الحصين فاخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ
الصحابة والترجيح بالوجه **قوله** لانه غاية للحرمة اى لان الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له اى مطلقا لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون اى الزوج
منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت اى ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلث فلا يكون منهيا قبلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج او قبل اصابة
الزوج الثانى حيث تعود بما بقى من التطليقات قلنا قد علمنا بالنص جعلناه منهيا للحرمة فى صورة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا
فلنا به تحكيم ثم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا وجه الاستدلال انه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت
تقدم آنفا ان محمل الحديث اشتراط الحل للعلم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلابد من كون متعلق اللعنة على
ما قلنا اشتراط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل الجديد مطلقا لانه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه قيل لا شك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل
فالمقيد من سمى مثبت الحل فاشترط الحل فلا يكون شارط الحل مرادا باللفظ من التركيب المذكور بل كلا معنييه صحيح ودليل على ان الزوج مثبت الحل مع تعليق اللعنة به
اذا اشترطه فيجتمع ما قدمناه والظاهر ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محل اللعنة المحلل اذا شرطه لا ان المراد بالمحلل فى لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا
من انه لابد من كونه مثبتا نعم يرد عليه ان قيل انما جعل محللا فى صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته فى غيرها واجيب بانه يثبتها فى غيرها بدلالته لانه لما كان محللا فى الغليظة
ففى الخفيفة اولى وايضا بالقياس عليه فى صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا لا يقال صورة الحرمة الغليظة محل الحل لا يدخل فى التعليل لانه لو دخل لانسد باب القياس
لان محل الاصل غير محل الفرع واورد عليه ان ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لان الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال اجيب بانه لا يقبل المحل اصل الحل يقبل ثبوت وصف
الكمال فيه بان يصير بحيث يملك بتجديده بعد الطلقة والطلقتين ما اصلح سببا لاصل الشىء صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته
محللا ومفهومه لا يزيد على انه يثبت بمجرد الحل وهو حاصل فى المتنازع فيه فكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك فى صورة الحرمة الغليظة ليس
بالاتفاق لحال هو انه محل تبدى فيه الحال لاستيفاء الزوج ما له من الطلقات قبله حيث ابتدأ بثبوت الحل كان تلك الثلث شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقى الائمة الثلثة
ولقد صدق قول صاحب الاسرار مسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعسر فقهها ويصعب الخروج منها وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله
عليه وسلم اتريدين ان تعودى الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقى من عسيلته فغيا عدم العود بالذوق فعنده ينتفى عدمه ويثبت هو والعود هو الرجوع الى الحالة
الاولى وهى ملكها الزوج ثلث تطليقات وليس بشىء لصدق حقيقة قبل الزوج الثانى لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تخلل زوج اتريدين ان تعودى الى فلان
صدق حقيقة وان كان العود الا الى ملكية الثلث فالاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود الى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل الا انه
اشتمل عموم وجه التشبيه **قوله** فقالت قد انقضت عدتى وتزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت عدتى فى النهاية انما ذكر اخبارها بكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت
لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثانى دخل بى ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق فى كل حال عن السرخسى لا يحل له ان
يتزوجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس فى حلها بمجرد العقد وفى التفاريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت تزوجتنى ما دخل لم تصدق لانه يعنى لما ... تزوجها ... واستفسرها
بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بمصير حالها فينبغى ان لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كانت مجوسية او مرتدة او معتدة او منكوحة الغير او محرمة

لانها مبتلاة لو ... ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيها مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله وقد ... ولو لم ... هذه المدة سنبينها في باب ...

العقد بغير شهود ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي لو قال الزوج لها ذلك حيث كذبته تقع الفرقة لانه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر
المسمى او كله انتهى من تأمله ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الفتاوى في باب الباء لو قالت بعدما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر
وقال الزوج تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لاني جامعتها ان صدقت المرأة لا تحل للزوج الاول
وان كذبته تحل كذا اجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يذكر ما لو قال المحلل بعد الدخول كنت
حلفت بطلاقها ان تزوجتها يحل للاول قلت ينبغي ان الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل ومن الفضلي لو قالت
تزوجني فاني تزوجت غيرك وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا ان يكون اقرت بدخول الثاني كانه والله اعلم يحمل قولها تزوجت على العقد
وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي الا على انكار ما اعترفت به ولذا قال الا ان تكون المرأة اقرت بدخول الثاني فانه لم تقبل قولها فانها حينئذ تكون متناقضة صريحة
وسئل نجم الدين النسفي عمن حلف بالطلاق الثلاث ففعل انه لم يحنث فافتيت المرأة بوقوع الثلاث وخافت ان اعلمته بذلك ان ينكر هل لها ان تتزوج بزوج آخر سرا
بغيره تم امرها اذا حضر تجديد العقد قال نعم ديانة **قوله** لانها معاملة اي الخبر ان كان مرجعه هو النكاح ذكر الثاني فخبره من غير تهمة لانه على الاصل وقول الواحد
فيها مقبول كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات وكذا يقبل قول الاماء والعبيد في الهدية **قوله** وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله فاذا ان تصدقها
اذا وقع في قلبه صدقها ما شرط وجدنا احتمال المدة ذلك **قوله** سنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير رائحة لانه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها واجاب بعضهم
بانه لم يقع في العدة من هذا الكتاب فيمكن ان يكون مراده في نسخة غير هذا الكتاب مثل هذا مما يقضي العجب من تسطيره في الاوراق ممن هو من اهل العلم ولا توفيق الا بالله
واذا لم يقع بيانها في الكتاب فنبين بيانها في الشرح ونذكر نبذة من الخلاف المختلف في اقل ما تصدق فيه المعتدة ان كان انقضاء العدة بالاقراء فقال ابو حنيفة لا تصدق
في اقل من ستين يوما اذا كانت حرة وقالا اقلها تسعة وثلاثون يوما وقال شريح لو جاءت ثلث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة اهلها انها
الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها فقال له علي رضي الله عنه قالون ومعناه بالرومية احسنت ... الشافعي ... ثلثون ... ان يوقع الطلاق في الطهر ...
الا تقع في المحيض قال ابو يوسف ... ابو عبيد ان كان لها اقراء معلومة ... بطانة اهلها انها تصدق على ما تشهد به والا لا تصدق في
اقل من ثلاثة اشهر وقال الحنابلة تسعة وعشرون ان قلنا اقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر يوما واربعة ايام فتسعة وثلاثين وما ... قول ... ابي حنيفة
... من الشهر الواحد لا يشتمل على اكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذب بالعادة واذا اخبرت بما يخالف العادة فالمكذب حقيقة الا ترى انه لو ادعى ... انقضت
عدتها في يوم لا يصدق وان احتمل صدقها بان تكون ... الى يوم ... الله سبحانه وتعالى ... مقام الاقراء في الآيسة والصغيرة قدر العدة
ثلاثة اشهر فقال واللائي يئسن من المحيض الى قوله تعالى فعدتهن ثلاثة اشهر بخلاف ما اذا شهدت ... دون العدة فانه يثبت ان هذا من النادر ... المذكور في وجه
ابي حنيفة ... ان ... على ... فان لم ... ينبغي ان لا يعدل عن قول ابي حنيفة وتخريجه على قول محمد ان يجعل طلاقها في اول الطهر
... الطلاق ... ثم ... خمسة عشر وثلث حيض ... خمسة عشر كل حيضة ... ابو ... على قول الحسن بن
زياد ان يجعل طلاقها في آخر الطهر ... الى ثلاث حيض ... يوما اعتبارا للاكثر وطهرين ... ثم يحتاج الى ... في حق الزوج الثاني
... خمسة عشر يوما ... وان كانت ... فاقل ما تصدق فيه خمسة وثلثون ... خمسة عشر ... الفاصل بين الحيضتين ... على تخريج ...
... الطهر الذي وقع الطلاق فيه ... وثلاثون ... حيضتان ... وتخريج قولهما ان يجعل ... آخر الطهر فطهران ... ثلاث حيض ...

باب الإيلاء

وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه

ثم يحتاج إلى شهرين في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه أحد وعشرون يوما حيضتان لستة وطهر خمسة عشر يوما
بينهما للثاني وزيادة طهر يعني إذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن تتزوجها لا يجوز حتى تحتسب بعد المدتين طهر آخر في كل تخريج حمل الزوج فيه طلاقها في
آخر الطهر لأن الزوج الثاني إذا أجل طلاقها في آخره والغرض أن عدة الأولى انقضت بأول الطهر لزم ما قلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق
في أقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر خمسة عشر ثم ثلاث
حيض وطهران بستين وهذا لأن الدم في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده ويكون ما بعده حيضا موقوف على ما تقدم طهر تام وهو ما قلنا هذا في حق الزوج الأول
ثم يحتاج في الثاني إلى ستين على ما مر على التخريجين وعند أبي يوسف تصدق في حق الأول في خمسة وستين يوما لأن نفاسها يقدر بأحد عشر يوما عنده
لأن مدته أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة أطهار وتحتاج في حق الثاني إلى ثلث خمسة أيضا وعند محمد تصدق في أربعة
وخمسين يوما وساعة لأنه لا غاية لأقل النفاس فإذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران وتحتاج في حق الزوج الثاني
إلى أربعة وخمسين يوما ثلث حيض وثلاثة أطهار هذا في حق الحرة وأما في حق الأمة فتخرجه على المذهب غير خاف والله الموفق

باب الإيلاء تحريم الزوجة بأربعة طرق الطلاق والإيلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لأنه الأصل المباح في وقته ثم أولاه الإيلاء لأنه أقرب إليه في الإباحة لأنه
من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق أن تحريمها ليس إلا بالطلاق في الحال أو إلى انقضاء العدة غير أن ثبوته بأسباب الأصل منها
الابتداء تنجيزا أو تعليقا فقدم ثم أعلى الإيلاء لأنه لا يلزمه المعصية فقد يكون برضاها لخوف غيل على الولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج
النفس بخلاف الظهار واللعان فإنهما لا ينفكان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لأنه أيضا لا يستلزمها لجواز أن تسأله لا لقصور بل لقصد التخلي للعبادة أو لعجز
عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره وإنما قدم الإيلاء عليه لاشتراكهما في عدم استلزام المعصية والانفكاك منها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال
فصورته بمنزلة المركب من المفرد والإيلاء لغة اليمين والجمع الألايا قال قليل الألايا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت وفعله آلى يولي إيلاء كتعريف على في
الشرع هو اليمين على ترك قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا عند أبيه أو بتعليق ما يستشق على القربان وهو أولى من قول الكنز الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر لأن مجرد
الحلف يتحقق في نحو إن وطئتك فعلي أن أصلي ركعتين أو أغزو ولا يكون بذلك موليا لأنه ليس مما يشق في نفسه لأن تعلق اعتقاده بما عن نعيم في النفس
من الجبن والكسل بخلاف إن وطئتك فعلي حج أو صيام أو صدقة فالمولى من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه وهو أولى من قولهم
من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق والكفارة لقصوره عن نحو إن قربتك فعبده حر أو فلانة طالق وما ركنه فهو الحلف المذكور وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم
النقص عن أربعة أشهر والأول بالزوجية والثاني بأهلية الطلاق وعندهما بأهلية الكفارة فيصح إيلاء الذمي عنده بالكفارة نحو والله لا أقربك فإن قربها لا يلزمه كفارة
وإن مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما إلا في آلى بما هو قربة كإن قربتك فعلي حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كإن قربتك
فعبدي حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بمضيها عند البر وألفاظه صريح وكناية فالصريح نحو لا أقربك
لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فلو ادعى أنه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لا غشيتك
لأسوءنك لا أدخل عليك لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون إيلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لفظان لا أجامعك لا أنيكك
فيعكس الكنايات تجري مجرى الصريح والأول أولى لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا لا بالحقيقة فالواجب كون الصريح
لفظ الوطء وهو ثاني ما ذكر في البدائع الافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والرابع كناية وكذا لا أبيت معك في فراش ونحوه في المنتقى لا أمسك ليلاء

ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها
حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي

بالنية وكذا لا امس فرجي فرجك في الذخيرة وفي جمع الفقه ما يخالفه قال في لا امس جلدي جلدك لا يصير موليا لانه يمكن ان يلف ذكره بشئ وفي المرغينانى يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الغرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة الى النية وهو فرع ان يراد به ذلك فلا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفي التحفة لو قال انا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب في الشرع فان عنى به الايجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه موجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال انت علي مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لان شبهها في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل ان يقول الايلاء الحلف الى آخره وقوله انت علي مثل امرأة فلان او انا مول ليس فيه صيغة حلف الثنائية ولا تعليقية لان معنى الحلف قول والله لا اقربك ونحوه او ان قربتك وليس قوله انت مثلها الخ ولا تحققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا الا ان هذا جواب الرواية صرح به الحاكم ابو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى اشركتك في ايلاء هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلي يمين او كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله انا منك مول معناه انا منك حالف ومعلوم انعقاد اليمين بقوله احلف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله انا حالف كذا التشبيه المذكور يؤول اليه ولو قال لا اطأك في الدبر فليس بمول او لا اطأك فيما دون الفرج لم يصر موليا خلافا لمالك رح ولو قال لا اجامعك الاجماع سوء يسئل عن نيته فان قال نويت الوطي في الدبر صار موليا وان قال نويت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم يكن له نية وان قال نويت دون ذلك فهو مول **قوله** لزمته الكفارة وليس حكم المولي مطلقا على تقدير الحنث بل حكم المولي المذكور في قوله اذا قال الرجل والله لا اقربك الى آخره لا يستلزم الكفارة فلا يكون حكم الكفارة كذلك تقديره وقال الشافعي رح في القديم لا كفارة في خصوص هذا الحنث لانه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء والمراد بالفيء الجماع لان الفيء في الاصل الرجوع وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاءوا فان الله غفور رحيم وقوله في غيرهم لقولنا ان وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي الزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والاخروي اعني المغفرة وسقوط الكفارة وثبوت احدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية اذا حنث الحالف فيها توبة فان توبته تثبت مع عدم سقوط الكفارة بها اعلا الاطلاق قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه قال قتادة خالف الحسن الناس **قوله** سقط الايلاء باجماع العلماء على معنى انه لو مضت اربعة اشهر لا يقع طلاق لان اليمين تنحل بالحنث **قوله** وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لم يقل الشافعي رح تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه او الحاكم وبه قال مالك واحمد رح ورجح بان الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثالثة بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم وجهه في الكنايات غير انه يستدعي سببا والسبب هنا انه وقع للتخليص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه بسبيل من ان يردها الى عصمته ويعيد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها اجزاء لظلمه مع وجود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها باثباته ثم الخلاف في موضعين احدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيها توقف الى ان يفيء او يطلق لقوله تعالى فان فاءوا والفاء للتعقيب فاقتضى جواب الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء للتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل الجمل التفصيلية قبلها وغيره فان كانت الاول فقوله تعالى فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من اهلي ونحو توضأ

وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة
فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت مؤقتة به

فيما يكون العزم على الطلاق بالمعنى الذي علمتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود رضي الله عنه افادت ان لا فيء بعد المدة لزم استقامة قولكم من التخيير بالصادرين من الفيء والطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بامر واحد هو الطلاق وهذا التقرير هو محل استدلال الحديث قال ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة والاقتصار على هذا انه مصادرة لانا استدلال بعين محل النزاع كانه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة فتعين ما ذكرنا واحتج ايضا بآثار روى بعضها الدارقطني قال ابو بكر النيسابوري قال ذكرت لاحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سنذكره مما يوافق مذهبنا فقال لا ادري ما هو قد روي عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن ابي ثابت عن طاوس عن عثمان رضي الله عنه وما روى مالك في الموطأ عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما ان يطلق واما ان يفيء وما روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا يحل لاحد بعد ذلك الاجل الا ان يمسك بالمعروف او يعزم بالطلاق كما امر الله تعالى وقال لي البخاري قال لي اسمعيل ابن ابي اويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال اذا مضت اربعة اشهر يوقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال ادركت بضع عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول يوقف المولي وقال في مسنده روى سهيل بن ابي صالح عن ابيه قال سألت اثني عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى يمضي اربعة اشهر قلنا الآثار الاربعة الاول معارضة اما الاول فبما روى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا اولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذلك فان حال جابر الامير في حبيب وهو ايضا اعضله فلا يعلم ان طاوسا اجتمع بعثمان رضي الله عنه فهو منقطع واما الثاني فما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن قتادة ان عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهو كل منقطع مرسل فان راويه محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم مرسل وكذا قتادة وبها استمر ان وفاة قتادة سنة سبع عشرة او ثمان عشرة ومائة على اختلاف الاقوال وكذا وفاة محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول قال غيره مات سنة ثماني عشرة وقيل سنة اربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل ست عشرة فاعتدلا في هذا القدر ثم المثبت من شأنه قتادة بقلة النقد والاتقان ولما قدمه على الاولى كما سمع بصيغة اكثر واشهر من المثبت لحديثه قال عبد الرزاق عن معمر قال جاء رجل الى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت منها اعظم مما دخلت ورأيت حمامة اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت اصغر مما دخلت ورأيت اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين اما التي خرجت اعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه واما التي خرجت اصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويشك واما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو احفظ الناس انتهى وفي تاريخه قال من حفظه واما الثالث والرابع فما اخرجه ابن ابي شيبة ثنا ابو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا اذا آلى فلم يفئ حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم اخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فيتعارض ما رويناه ويبقى الاول من قال بان اصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف تقدم منا في كتاب الصلاة انه تحكم محض لا يجوز التقليد فيه اذ الاصحية ليست الا لاشتمال رواتهما على نفس الشروط المعتبرة بها ام ثبتت الاكثرية لم يكتب في خصوص احاديث معينة ولا ثمر لذلك وقول البخاري اصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره وقال المحققون ان ذلك يتقيد اذا اكره ولا يمكن بالنسبة الى صحابي وبلد فيقال اصحها عن ابن عمر مالك عن نافع

وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم

عن أبي هريرة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عنه وأصح أسانيد الشاميين الأوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة وأصح أسانيد اليمانيين معمر عن همام عن أبي هريرة رضي الله عنه ونحو ذلك وأحسن من هذا أيضا الوقوف على أتمام هذه في خصوص المولد ما قد يلزم الوقوف عن ذلكم فقد يكون الراوي المسمين أكثر ملازمة لشيخ من غيره وفيه أدرى بحديثه وأحفظ له من غيره ملازمة بأفراد متونه وأعلم بما في تحديثه وعند ليس كان وقصده عندنا أو سائر من لم يلازمه تلك الملازمة لأن قرد عين فرض أن غيره ممن هو شأنه يشكل النفس من الضبط أو أرفع منه فإنه وحافظ عليه كما قط على سلسلة فقد يكون ذلك مقدما عليه في مطلقه بعبارة عنه أبو الأحسن الحكم فإن بعد هذا الغرض لم يبق زيادة الآخر إلا بالملازمة وأثرها الذي يزيد به على الآخر إنما هو بالنسبة إلى مجموع متونه لا بالنسبة إلى خصوص متن مرويّ تمام كسعيد بن جبير قد عدي عن ابن عمر وابن عباس خلافه والمروي الشافعي عن سليمان فما حاصله أن قول جماعة من الصحابة كذلك وكذا المروي سهيل من التابعين من هم فيه يكون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الإمام في الفقه كما أسلفنا كان عن كون مروي بهما خلاف المروي عنهم أفقه على غيرهما ونحن قد أخرجنا ما علمناه من الأكابر مثل عثمان وعلي في الأول ترجيح عارضنا به وكذا عن زيد بن ثابت هو من أكابرهم وعن ابن عباس حتى أسند عنهم ركابه عين ركب وقال بكنا أمرنا أن نفصل بعلا آتنا وكذا عن ابن عباس فيما قدمناه وكذا عن عمر بن الخطاب أخرج الدارقطني عن ابن إسحق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب بن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن أن عمر بن الخطاب كان يقول إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهو أملك بردها ما دامت في عدتها وابن إسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج عبد الرزاق ثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال آلى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول وأخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبي سلمة وبهذا اتضح ما مر وهو أن كل من قال من الصحابة بالوقوع بالمضي يترجح على قول مخالفه لأنه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا أنه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لأنهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع والتدرج في هذا أن من روى عنهم الشافعي رحمه الله من الصحابة وسبيل على أنه ليس في اللفظ المروي لسبيل حجة لأحد الفريقين أصلا **قوله** وإن كان حلف على الأبد بأن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول لا أقربك مقتصرا إلا أن تكون حلفها على ليحل الصلاة ممنوع بالحيض فعلى هذا لو قال مثلا أقربك إلى اليمين وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا **قوله** إلا أنه لا يتكرر استفسار عن لازم قوله فاليمين باقية فيها قبله وما تقدمه من أنه يقع أخرى عند مضي أربعة أشهر أخرى إذا كانت لم تنقض عدتها بعوده قال أبو سهل وعليه مشى المرغيناني لأن حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فأنت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا إذا أطلق بلا ذكره والمختار قول الكرخي وهو أنه لا يقع إلا إذا تزوجها وعليه مشى في البدائع وتحفة الفقهاء وشرح الإسبيجابي والجامع لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الأول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد إيلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الأشهر جزاء الظلم وليس للبائنة حق الوطء فلا ينعقد الإيلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم الرجعية بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزا ثم مضت مدة الإيلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الإيلاء لصدوره في حال تحقق حقها فكونها مع تجيز تطليق الباين لا يلحق الباين المعلق لحق الباين المنجز في العدة على ما أسلفناه في أول فصل الكنايات وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبي سهل إنه كقوله كلما مضت أربعة أشهر

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بيناه فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنه لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين

بانت بالثانية وذلك الى ان تبين بثلاث تطليقات بكل اربعة اشهر ان لم يقربها فاذا مضت اربعة اشهر بانت بتطليقة اذا انعقد الايلاء ثم عن مضيها مستقبلا الحكم من وقوع الطلاق بتقدير البر وانعقاده ايلاء تأكيد لما [illegible] الا ان ذلك الحكم يوجد بكونه فاذا لم يمكن [illegible] ترك قربانها وهو اعم من الايلاء فلا [illegible] صيغتي [illegible] الايلاء كلما مضت اربعة اشهر [illegible] طلاق [illegible] حكم اليمين [illegible] كالكفارة [illegible] لو حلف بالجنبية والله لا يكلمها [illegible] حتى مضت اربعة اشهر لا تطلق ولو وطئها كفر [illegible] كذا هذا وانما قلنا اذا تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث لانه [illegible] الكمال في الايلاء المطلق [illegible] الكفارة لو وطئ وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة ودون على **قوله** ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من التزوج مطلق [illegible] كذا في الكافي وقيد في النهاية والغاية [illegible] بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فاما ان كان قبلها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق وحمله على ما اذا تزوجها ثم طلقها واعتبر ان تبطل الايلاء فان مضت اربعة اشهر في العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شيء وان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء [illegible] من التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله [illegible] وقياس [illegible] في شرح الكنز وهذا [illegible] قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقدمنا ما سنعرفه التحقيق على اعتبار الطلاق كذا في الهداية **قوله** لتقييده بطلاق هذا الملك [illegible] الغرض [illegible] وانما حصل [illegible] بطلاق هل يعود جديدا بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم [illegible] في مسئلة التنجيز [illegible] على [illegible] ثم [illegible] الثلاث فتزوجت بغيره ثم اعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فعنده [illegible] كذا المولى من حنثه ثم طلقها فان بعد الايلاء حتى لو مضت اربعة اشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الايلاء المؤبد لا يعود الايلاء خلافا للشافعي بالايلاء مرة [illegible] ثم [illegible] بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها اربعة اشهر لم يجامعها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف [illegible] على مسئلة العدم وقدمت **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا وقال به الائمة الاربعة واكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعي وقتادة وحماد وابن ابي ليلى واسحق يصير موليا في قليل المدة وكثيرها فان تركها اربعة اشهر بانت بطلقة لاطلاق الآية في ذلك فان لم يقيد الايلاء بكونه على اربعة اشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص واطلق الحلف وكان ابو حنيفة رحمه الله لا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس لما صح عنده فتواه بخلافه اخرج ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنه قال اذا آلى من امرأته شهرا او شهرين او ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء واخرج البيهقي عنه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك فوقت الله عز وجل اربعة اشهر فان كان اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء واخرج ابن ابي شيبة نحوه عن عطاء عن طاوس وسعيد بن جبير والشعبي ولا شك ان ظاهر الرواية كقول من قال بانه ايلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على النص اذ هو تقييد اطلاق الحلف في كونه ايلاء فلا يجوز الا ان يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكروه من ان [illegible] على [illegible] الشيء [illegible] وهذا ليس كذلك فرع كون اقل المدة اربعة اشهر ونحن لا نقول بقوله اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها فاثبات كون الاقل اربعة مصادرة **قوله** ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع قيل هو بناء على ان اريد بالاقل من اربعة اشهر شهرا فان فرض المسئلة في الحلف على ما دونها بشهر او بالاقل من الاربعة لا يستلزم كون الامتناع الا في بعض المدة مطلقا لا في اكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة اشهر وقيل لفظ اكثر مقحم وجه ذلك تقريب ظاهر وقيل اراد بالاكثر تمام المدة اربعة اشهر سماها اكثر لانها اكثر من المدة المحلوف عليها والاشكال انما [illegible] لمانع غير موجود في جميعها في جميع صور الحلف على اقل من اربعة اشهر وما في [illegible] الكافي قال وانما يصح ان لو قال في اكثر المدتين يأتي ووجهه ان افعل التفضيل يلزم في اضافته الى شيء كونه بعض ما اضيف اليه كذا [illegible] يوسف احسن اخوته وخواص البشر افضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التي هي المدة بالاكثر

وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

بعض المدة المضاف اليها لاستحالة كون الاربعة بعض ما هو اقل منها فلزم في صحته ان يقول اكثر المدتين يعني المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهي اربعة اشهر والمدتان والثانية اكثرهما ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان احسن واسلم **قوله** وشهرين بعد هذين الشهرين الى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا في حكم المسئلة الاولى بل قيد في الثانية فقط ولفظ يوما في الثانية ليس قيدا اذ لا فرق بين مكثه يوما او ساعة وقيل لو كرر اليمين في مجلس ومجالس بينها اقل من يوم يتخير عند ابي حنيفة وابي يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان اثبات المذهب نصوا على ان قوله والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكي في قوله والله والله لا افعل كذا فذكر ان ظاهر الرواية انها يمينان وفي نوادر ابن سماعة يمين واحدة وفي المنتقى جعل كونها يمينين قياسا وكونها يمينا واحدة استحسانا وفرع في الدراية في آخر الباب من غير ان يعزوه قال والله لا اقربك مرارا في مجلس واحد تتعدد الكفارة ويتعلق ثلاث يتبع بعضها بعضا قياسا قال وهو قول محمد وزفر وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا اقربك شهرين لم يزد على ذلك لم يكن موليا ايضا لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى يوما واحدا او بساعة بحسب ما فصل بين اليمينين فالحاصل من علية الحلف على شهرين ويوم او ساعة على حسب الفاصل والاصل في جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء ويمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر ويتحد الحنث وعلى هذا فتعدد البر بتعدد المدة لانه يتعدد الايلاء وهو يتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد اسم الله او تكرار حرف لا داخلة في المدة ومن زاد السكوت لم يحتج اليه لان الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد ومن تعدده في التجريد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم مثال تعددهما اذا جاء غد فوالله لا اقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا اقربك اما انهما يمينان فلتعدد الذكر واما انهما ايلاءان فلتعدد المدة فان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بر في الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلقت ايضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان اطلق لزمه ما في الكافي ولو قربها في الغد لزمته كفارة لان الغد لم ينعقد عليه الا يمين واحد وتعدد الكفارة بتعدد اليمين ونظيره في النوازل قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة فان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه ومن تعددهما والله لا اقربك اربعة اشهر والله لا اقربك اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر واخرى لاربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر الا انه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين اعني قوله والله لا اقربك شهرين ثم بعد يوم والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان فلو قربها في الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الاخيرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد تواردت شروح الهداية من النهاية ومختصرها وغاية البيان على الغلط عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها في الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا

ثم لا يكون موليا لان القربان لا يجب بعده وقد صار ممنوعا بعد الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رحمه الله هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر

في الاربعة الثانية ولو كان المطلق فقال والله لا اقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا اقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بطلقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين باخرى اذا كانت في العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف ما مضى في الكتاب في تابيد اليمين فان الايلاآت هناك تنزل متعاقبة بواسطة تابيد اليمين الواحدة فيا الخلاف في انه هل ينعقد الايلاء الثاني في العدة اولا ومن منعه قال لا ينعقد الايلاء الا في حال يكون بالمنع ظالما اما ههنا فالايلاآت الثلاثة صح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا اذا تزوجها فيقع بحكم تابيد اليمين اذا مضت اربعة اشهر من وقت التزوج ومثال اتحادها والله لا اقربك اربعة اشهر ولا اقربك شهرين وشهرين وفي الكافي نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا اقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فائدة فان بتكليمها معا لم تنحل اليمين بل لو كلمت احدهما بعد الآخر يثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد اليمين فان علة التعدد فيما بعد هذه وبينها في هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا اقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بانت بطلقة فاذا مضى يوم آخر بانت باخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفي هذا المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزاء الشرط المتكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بانه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والا لزم ان لا حلف عند الشرط الاول ايضا ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه بوالله كلما دخلت لا اقربك بكلما دخلت فوالله لا اقربك كذا لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق ثلثا ان قربتك يتعدد برا وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بالبتة ولا يتصور هنا الا مرة واحدة لتعذر وقوع شيء آخر بعد الثلث ونحوه كلما دخلت فعبدي حر ان قربتك سواء ومثال باتحاد الايلاء وتعدد اليمين اذا جاء غد فوالله لا اقربك ثم قال في المجلس اذا جاء غد فوالله لا اقربك فهو ايلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت اربعة اشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر من غير ان يزيد لفظا آخر او نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في المنظوميات لو قال والله لا اقربك والله لا اقربك والله لا اقربك في ثلث مجالس فلكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان في مجلس واحد فان اراد به التكرار فاليمين واحدة والايلاء واحد وان لم ينو شيئا او اراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا ان يكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد ولا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء

قوله لم يكن موليا اي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقي بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان اربعة اشهر وقعت تطليقة **قوله** اعتبارا بالاجارة وهو ما اذا قال اجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا قال في الصورة المذكورة سنة الا نقصان يوم يكون موليا صرفا له الى الآخر وبما اذا اجل الدين **قوله** ويمكنه ههنا لان المستثنى

صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة **قال** ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او بعتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده

يوم منكر فيصدق على كل يوم من ايام تلك السنة حقيقة فيمكنه ان يطأها قبل مضي اربعة اشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا لليوم الوطء المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس باللفظة بل لتصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا تتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الاخير وكذا المقصود من تاجيل الدين تاخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا اكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان اليمين للحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال شطر منظور فيه بانه يشترك الالزام اذ الايلاء ايضا يكون عن المغايظة **قوله** صار موليا لسقوط الاستثناء مع ان الباقي من السنة مدة الايلاء ولو طلق بان قال لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون موليا ابدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه لا يكون ممنوعا ابدا وكذا لو اطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت اربعة اشهر ولم يقربها فيه فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت اربعة اخرى لم يقربها فيها وقعت اخرى فاذا تزوجها فمضت اربعة اخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة اقل من اربعة اشهر **قوله** ولو قال وهو بالبصرة اذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه وزمان معين هو في غيره ان كان بينهما قدر اربعة اشهر كان موليا على ما فرع قاضي خان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة اربعة اشهر فهو مول ولم يعتبرا امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان في اقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر ان يكون بينهما ثمانية اشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وكان بينهما اقل من ثمانية اشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في اقل من اربعة اشهر فيقربها وان كان بينهما اقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن احمد ونحوه قول ابن ابي ليلى فانه يكون موليا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وينبغي ان يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على اقل من اربعة اشهر ابن ابي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا اقربك الا في الحرم وهو في شوال او حتى تفطمي ولدك الى مدة انفطام اقل من اربعة اشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من ان المولي من لا يمكنه القربان في الاربعة اشهر الا بشيء يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون اقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها اربعة اشهر وبالضرورة انهم لا يلزمون ذلك الا ان يحمل هذا على مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من اربعة اشهر بدليل من اقوال الصحابة فتلك الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم اورد على هذا الاصل ما لو قال والله لا اقربكن لاربع نسوة له فانه مول فاذا تركهن في المدة طلقن ولو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شيء فثبت ان امكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الايلاء اجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسألة فيكون موليا منهن وعدم لزوم شيء لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بادنى تامل **قوله** ولو حلف بحج الخ بان يقول ان قربتك فعلي حج او عمرة او صدقة او صيام او هدي او اعتكاف او يمين او كفارة يمين او فانت طالق او هذه لزوجة اخرى او فعبدي حر او فعلي عتق عبد منهم فهو مول اما لو قال فعلي صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضي ذلك ثم يطأها بلا شيء يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة او سجدة تلاوة او قراءة القرآن او الصلاة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلاة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانه مما يلزم بالنذر وتقدم اول الباب ما يجاب به عنه وتجب صحة الايلاء فيما لو قال

وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانع منه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا

سفل بائة ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو المذكورة اول الباب فان قلت ينبغي في الصلوة في بيت المقدس ان يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا انما لزم من نذر الصلوة في بيت المقدس ان لا يسقط الا بالصلوة فيه لكن المذهب ان له ان يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي ان اتصدق على هذا المسكين بهذا الدراهم او مالي هبة في المساكين لا يصح الا ان ينوي التصدق به ولو قال فكل مملوك اشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح وهو رواية عنهما وكذا لو قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح ولو قال كل امرأة اتزوجها من اهل الاسلام لا يصير موليا وعلى هذا لو قال لا اقربك حتى اعتق عبدي او حتى اطلق فلانة او حتى اطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلا شيء بان لا يشتري عبدا ولا يتزوج وبتقدير الغاية قلنا فلم يمكنه الا بضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا اقربك حتى تطلع الشمس من مغربها او حتى يخرج ياجوج وماجوج او ينزل عيسى عليه السلام او حتى يخرج الدجال او الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور بقاء النكاح معها كقوله حتى اموت او تموتي او اقتلك او تقتليني او ابينك وان كانت توجد في المدة لكنه تصلح جزاء نحو حتى اعتق عبدي او اطلق فلانة كانت موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه **قوله** وفيه خلاف ابي يوسف اي في ثبوت الايلاء لا بالحلف بعتق عبد بعينه فان ضميره فيه لعتق عبد معين وهو المعين لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه **قوله** البيع موهوم اي هو غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا تجد مشتريا في المدة فيتحقق قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتثالها ايضا لكن امتثالها واجب لوجوب طاعة الزوج فيتحقق وجوده بخلاف امتثال المشتري اذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء يلزمه ولو ملكه بسبب شراء او غيره عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطئها قبله فان كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطء بغير شيء وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها او ابانتها ثم تزوجها **قوله** وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا باتفاق الائمة الاربعة بخلاف من البائنة وان كانت من ذوات الاقراء فلا احتمال استمرار طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلا احتمال رجعتها فينعقد الايلاء مقيدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالمطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب ان العبرة في المنصوص عليه بعين النص لا بالمعنى الشرعي المطلقة الرجعية كانت من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما قدمناه في اول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الايلاء الا ترى انه يثبت الايلاء وان سقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولدها ونحوه فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار ابتناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق ايضا اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا الفرق يقتضي انه لولا هذا لصح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية

لان الكلام في تحريمه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء

فلا يسند اليه اولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل ما هو نقض الا المانع فالحق ان هذا النظم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما **قوله** لان الكلام في تحريمه وقع باطلا لانعدام المحلية وهي كونها من نسائنا في الايلاء والظهار قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار لا وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة الى سبب الملك صحيحة كذا في الايلاء والظهار فاذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك تنعقد يمينا وكذا ان تزوجتك فانت علي كظهر امي الا انه لا ينعقد ايلاء او الظهار الا عقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطيها **قوله** اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الوطء لان انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا الا ترى انها تنعقد على ما هو معصية **قوله** كمدة العدة اي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رح تستوي مدة ايلاء الحرة والامة والقياس على مدة العدة يجاب بمنع كونها تربص هو اجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وايضا تربص العدة للتعرف وتعرف الفراغ فهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلاء قالا وجه الاستواء عموم النص الا ان الامة من نسائنا ولان ضربها ايلاء لعذر الزوج ودفعا جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فاخرت عقوبته الدنيوية نظرا له الى انقضاء اربعة اشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والامة **قوله** وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع لا فرق بين كون عدم القدرة لعذر او للجب كما انه في حقها لا فرق بين كون المانع مرضها او الرتق او القرن وسأل الناس عن منع ايلاء المجبوب ومنع الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها او بالجب او العنة او كان اسيرا في دار الحرب او لكونها ممتنعة او كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة او بينهما اربعة اشهر او حال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلث ففيئه باللسان بان يقول فئت اليها او رجعت عما قلت او راجعتها او ارتجعتها او ابطلت ايلاءها واختلف في الحبس صح الفيء باللسان بسببه ففي البدائع وفي شرح الطحاوي لو آلى وهي مجنونة او هو محبوس او كان بينهما اقل من اربعة اشهر الا ان السلطان يمنعه او العدو لا يكون فيئه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على امكان الوصول الى السجن بان تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر وعلى شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيئا وقيل لا وهو الاوجه ثم هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضي اربعة اشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض او بعد مسافة او حبس او جب او اسر ونحو ذلك او كان عاجزا حين آلى وجواز العجز في المدة لم يصح فيئه باللسان خلافا لزفر في غير الاخيرة قال العجز ثابت وهو المدار قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيئه الا بالفيء حقها بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الايلاء بأذى اللسان ففيئه الذي هو توبة تطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء مؤبدا وهو مريض بانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وصح عند ابي يوسف رح وهو الاصح على ما قالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض

وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حانثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان
واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف
واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين
ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت
التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله

و في زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في الوطى فلا يعود حكم الايلاء فيه وجه قولنا ان ذلك تقصير منه فانه كان يمكنه الفيء باللسان قبل مضي المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعيا بان كان محرما و آلى وبين وقت افعال الحج اربعة اشهر فصاعدا فالفيء بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن ابي يوسف لان الاحرام مانع من الجماع شرعا فيثبت العجز فكان فيئه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف وهذا لانه المتسبب باختياره بطريق محظور فلا يستحق تخفيفا **قوله** وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حانثا وضعف هذا لا يخفى على من له شعبة لانه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فان اراد بقوله لو كان فيئا لكان حانثا ان الفيء لا يكون الا بالجماع فلو كان فيئا لكان بالجماع فكان حانثا لزم صريح المصادرة والنص هو قوله تعالى فان فاؤا الآية لا يوجب تعين كون الفيء الجماع لان معناه وان رجعوا عن عزمهم ذلك على الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول وعدم الجماع عند عجزه وهي مشاهدة العجز فلك فلا يتم ما قالا والحق ان مذهب الشافعي ومالك واحمد كقولنا ولو وطيها بعد الفيء باللسان في مدة الايلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لان يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق **قوله** وصار فيئه بالجماع حتى لو لم يجامع حتى تمضي المدة وقع الطلاق وهذا لان المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم اذا رأى الماء **قوله** سئل عن نيته هذا هو المذكور في كتب محمد رح وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول ابي بكر وعمر رض وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن علي وزيد بن ثابت وابن عمر وابن ابي ليلى ومالك ان الحرام ثلث الا ان مالكا قال ينوي في غير المدخولة ويروى عن علي رض التوقف وفيه نحو احد عشر مذهبا غير ما ذكرنا **قوله** لانه نوى حقيقة كلامه اسناده حقيقة وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم انه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشيء واورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف اليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف الى اليمين والجواب ان هذه حقيقة اولى فلا تنال الا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق في القضاء وقاله شمس الائمة السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لانه يمين ظاهرا لان تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى ان قال تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فلا يصدق في القضاء في نية خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكر والاول قول الحلواني فظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث **قوله** الا ان ينوي الثلث ولا تصح نية الثنتين الا في الامة خلافا لزفر والزهري رح في الكنايات وهو التفصيل فيه بين كون الحال حال مذاكرة الطلاق اولا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال انت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى الثلث وقعت ثنتان فكملت الثلاث **قوله** وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف كذا ذكره القدوري وليس مذكورا في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي وانما نقله شمس الائمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد انه ظهار اذا نوى الظهار على ما عرف النقل به عنه **قوله** ولهما انه اطلق الحرمة الخ حاصله ان الحرمة اعم من الحرمة التي هي ظهار او طلاق والاعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء **قوله** وان قال اردت التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا ونص في المحيط انه خلاف قول محمد حيث قال فان نوى اليمين او لم ينو شيئا

وعن المشائخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب

كان يمينا وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية كذا قال محمد ومن مشائخ بلخ تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح فى هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذا حلال المسلمين ثم على قول محمد اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب من اليمين فيحنث اي ذلك وجد فاذا تناول شيأ من الطعام والشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب من امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين ان يتناول قليلا او كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية اذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهما نوى ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين **قوله** ومن المشائخ هم المتاخرون لما ظهر من العرف فى ذلك حتى لو قال لام ان تزوجتك فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي انا عليك حرام كان يمينا وان لم تتزوج فلو مكنته فقد حنثت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاق قمنا غيرنا وتطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغيناني لا اقول لا يشترط النية لكن تجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله انت على حرام او حرمتك علي او لم يقل علي او انت محرمة علي او لم يقل علي او انا عليك حرام او محرم او حرمت نفسي عليك ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله انت معي في الحرام بمنزلة قوله انت على حرام وفي الفتاوى لو قال لامرأته انت على حرام او حلال الله على حرام فهذا على ثلاثة اوجه اما ان كانت له امرأة او اربع او لم يكن له امرأة ان كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له اربع طلقت كل واحدة تطليقة فان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندي والامام مسعود الكسائي يقع واحدة وعليه البيان قال في الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندي ان الاشبه ما في الفتاوى لان قوله حلال الله او حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله احدكن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ثم قال لامرأة اخرى ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ففعل احدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغي ان يقع بلا خلاف كما لو قال معلقا دون الاول **فرع** تتعلق بالايلاء لو قال لا اقربك ما دامت امرأتي فلانة في نكاحي ثم تزوجها لم يصر موليا وبقربها ولو قال ان قربتك فعلي ان انحر ولدي صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزمه فيه شئ عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروي عن ابي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي رح وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن الكل وعلمها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت اربعة اشهر بن جميعا وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فبقربان الثلث يمكنه لغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكانه قال ان قربت ثلثا منكن فوالله لا اقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا عليهن فلما لم يوجد وطئ جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطئ كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا اقرب احدكن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر مول من الاربع حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقرب احدهن بانت

طلقن

طوالق

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به

واحدة على الزوج ان يعينها وعنده بين كلهن لان قوله احدكن وواحدة منكن سواء ولو قال لا اقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا هكذا ذكرها هنا احدكن لا يعم لانه معرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احد انتن على درهم وواحدة منكن نكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجتيه والله لا اقرب احداكما فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو عين قبل المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجيء الغد وعين قبل الغد واذا بين بطلاقه تعينت وتعينت المبانة ثم مضت اربعة اشهر اخرى فعند ابي يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما ولانه آلى من احداهما لا منهما واحدة هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفي المحيط لو قال انتما علي حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها ولو قال والله لا اقربكما لا يحنث الا بوطئهما والفرق ان هتك حرمة اسم الله تعالى لا يتحقق الا بوطئهما وفي قوله انتما علي حرام صار موليا باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم اسلم ثم تزوجها يكون موليا عند ابي حنيفة رح وروى ابو يوسف عنه انه يبطل ايلاؤه واذا اختلفا في الفيء مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك الفيء وبعد مضي المدة فالقول لها لانه ادعى الفيء في حال لا يملكه فيها والله الموفق

باب الخلع هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا اصيغ منها الف المفاعلة واخذ للملابسة كل لاخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن وفي الشرع اخذ المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم ازالة ملك النكاح ببدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا والا يجري فيه الخلاف في انه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعي ما صدقات المفهوم اللغوي لان النزع مطلقا اعم من كون متعلقه امرا حسيا او معنويا كقيد النكاح بمثابة شيء او لا ثم لم يبعد ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل اصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته في مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى احكام اليمين من جانبه واحكام المعاوضة من جانبها عند ابي حنيفة وعندهما يمين من الجانبين وستاتي ثمرة الخلاف **قوله** واذا تشاق الزوجان اي تخاصما وخافا اي علما كقوله ولا تدفنني في الفلاة فانني اخاف اذا ما مت ان لا اذوقها اي اعلم وحدود الله تعالى ما حده من المواجب التي امران لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لانه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال فلا باس ان تفتدي نفسها منه بمال واباحة الاخذ منها مشروط بمشاقتهما فهو معتبر شرطا في ذلك **قوله** فاذا فعلا ذلك وقع الخلع تطليقة بائنة ولزمها المال هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزني الى ان الخلع غير مشروع اصلا وقيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته وخاف ان لا يوفيها حقها وان لا توفيه حقه ومنعته اذا اكرهها هو وقال قوم لا يجوز الا ان ياذن السلطان روي عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن وقالت الحنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع و

لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة

ويكون رجعياً فان راجعها رد البدل الذي اخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهري يقول ذلك
وجه قول المزني ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن
قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً اجيب بانه يتوقف على العلم بتأخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثاني لان هذا النهي
متعلق بما اذا اراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو اريد بالنسخ تقدم حكمها
في المطلقة في تلك الصورة اعني صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص
على العام وهو وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبني على الخلاف في تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع
مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت ح وجوب الترجيح ان امكن والترجيح ثبت للمحرم على المبيح
لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع
قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما
في لا صلوة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنع احدا طاف بهذا البيت وصلى آية ساعة شاء من ليل او نهار او ايجابا كقوله
صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة والاخص كونه عاما لا يقتضي التقدم لعين عمومه
بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل اوجب القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ما ذكره المصنف بقوله كره له ان له الواجب
يأخذ يعني كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تاويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لان
الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان الآية تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ما ذكرنا وسيأتي ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى
وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روي عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطني عنه
وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها ذكر الله الطلاق في اول الآية وفي آخرها والخلع بينهما
قالوا وروى نافع مولى ابن عمر رضي الله عنهما عن الربيع بنت معوذ بن عفراء انها اخبرت ابن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها
الى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم افتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا انها لا تنكح حتى تحيض حيضة
خشية ان يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا واعلمنا فهؤلاء اربعة من الصحابة فان حسبنا ... صحابيان قالوا بذلك ويستدل
ايضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان الى ان قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني
الثالثة المعاد شرعيتها بقوله او تسريح باحسان على ما اسلفناه من تقريره في فصل ما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق
اربعا والثاني منتف ايضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء اقتضاه
اما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع في الواقع احد الجائزين بعينه وهو انه فسخ او طلاق فلا يفيد واما الآية فالنظر
الى نفس التركيب يفيد غاية ما فيه ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما افاد شرعية الثنتين وبين ذلك نص
على حكم آخر هو صحة ... النكاح ... منها من غير تعرض لكونه غير طلاق او طلاقا ... الاقتصار ...

[illegible] الخلع تطليقة بائنة [illegible]

البتة وهذا أوجه من قولهم بين الشافعية تبرض وبغيره لأنه لا يحتاج الجواب إليه كما سمعت ولأنه يقتضي أن لا يشرع الخلع إلا بين شيئين بل إنما نفي بين
الثلث وبين حكمها آخر الأجنبية جواز الافتداء من تلك الكلاح من غير زيادة على ذلك وأما ما ذكره عن عثمان فتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال لا عدة عليها
ولا تنكح حتى تحيض حيضة وأصل هذا ما روي من حديث ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة فيكون
عدة رواه أبو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بأنها طلقة على ما في البخاري إذ
قال اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الإيجاب والإسقاط فيها يفيدك
بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا مع أن الذي نعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع أن ربيع بنت معوذ
جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها عدة المطلقة
وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم إنه قول أربعة من الصحابة يمنع
لأنه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع أقضية النبي صلى الله عليه وسلم ورأى الأحكام وعلم المتأخر والمتقدم وما يا خلا الاجتهاد بل يقلد من
من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فإنهما استفتيا عثمان فقال ما قال فاعتقداه وليس في المعنى الأول صاحبين إلا أن المقصود قول أهل
الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بما روي عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق إلا قول ابن عباس وذلك ما روى
مالك عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعا إلى عثمان فأجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة إلا أن تكوني سميت شيئا فهو على ما سميت
ولا يعرف فيه إلا ابن جمهان لم يعرفه الإمام أحمد فرد الحديث لذلك وهو جمهان أبو العلى أو أبو يعلى مولى الأسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي معدود
في أهل المدينة تابعي روى عن سعيد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وأبي هريرة وأم بكرة الأسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى
بن عبيدة الربذي وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات هو جد جدة علي بن المديني فهي ابن عباس بن جمهان روى له ابن ماجة حديثا واحدا في الصوم
عن أبي هريرة لكل شيء زكاة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا صح أصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلي ومن ذكرنا [illegible] قول
غيرهم والمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسند ابن أبي شيبة ثنا علي بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن
ابن مسعود قال لا تكون طلقة بائنة إلا في فدية أو إيلاء وروي عن علي أيضا وتقدم ما رويناه عن عثمان ثم قال عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن داود
بن أبي عاصم عن سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين وكبار
التابعين قل أن يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا عن صحابي وإن اتفق فيه نادر فمن ثقة [illegible] كذا ثبتت مراسيله وبه يقوى [illegible]
المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي وأعله بعباد بن كثير الثقفي [illegible] أن النبي صلى الله
عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وإن كان لا يصح على طريق أهل الشام لأن الحكم بالضعف إنما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الأمر فيجوز أن يقوم
دليل الصحة في نفس الأمر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على أصولنا وهو أن ابن عباس روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن
ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في
الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة [illegible]

إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها
عوضا لقوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيئا ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في
وحشتها بأخذ المال وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا

قال إنه فسخ وعمل بالراوي عندنا بخلاف روايته ينزل منزلة روايته الناسخ إلا أن هذا دفعه كما قالوا والله أعلم به والجواب أن تقديره
تطليقة طلاقا امتثالا لأمره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقال ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام في مسألة
أخرى وخلافها لأهل تسمية الراوي له خلعا حتى كأن يخرج [illegible] الإسلام يعني أول طلاق بل إن الظاهر أن الذي طلب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها
امتثال قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بل هو على كل حال ما الظاهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصحيح الذي
لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل بتعارض ورجعنا إلى التقرير المعنوي أما وما تقدم فمن ذلك ما ذكره المصنف من قوله ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات
حتى لو قال خالعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لأن حقيقة الخلع لا تتحقق إلا به وقد قدمنا في الكنايات أنه لو لم يكن بعقدهما والنكاح قائم
فلم يخلع ثم لم يخرج عن ذلك إلا بذكر المال وذلك لا يقتضي خروجه عن ماهيته وذلك هو أيضا فإنه فرقة بعد تمام النكاح والأصل فيه كونها طلاقا لأنه هو المعهود
والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه فإن النكاح فيه خيار إذا الحق
وخيار المولى لكان ذلك امتناعا عن إتمامه حتى هو أيضا كملك النكاح ضروري لأنه وارد على الحرية فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع
فيتقدر الملك في حق الفسخ **قوله إلا أن ذكر المال** استدراك باعتبار ما لزمه على قوله إنه كناية من افتقاره إلى النية ومقتضاه أنه إذا أنكر أن يصدق قضاء
وليس كذلك قالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بأن يقول بارأتك على الغار وبعت نفسك وطلاقك
على ألف وعند عدمه يصدق في إنكارها في الخلع والمبارأة لا في لفظ الطلاق والبيع لأنهما صريحان ذكره في الكافي فأجاب بأن ذكر المال أغنى عنها
إذ هو قرينة ظاهرة على إرادة الطلاق إذ من المعلوم امتناع استحقاق الأجنبية لعوض من قال لا بد من نية الإمام [illegible] ونظيران قوله تعالى فإن خفتم ألا
يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فإنه تعالى شرع مشروطا بالخوف لأن الخلع والكلام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى فإن خفتم وهذا صريح التراضي البين وكان
خطاب ما تقدم للأزواج نحو غير مستغرب في القرآن أن يكون خطابا بأن يأخذ المال الأخروي والمخاطبون بأخذها غيرهم بالآخرة والجواب ما ذكرنا من صحة الخلع
من قبلها فيه أن الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه ولم ينكره وكذا ابن عمر رضي الله عنه [illegible] فأفاد عدم ضمانه ذلك ليكون المراد من الآية إذن الأئمة من غير تحكيمهم من الخلع
إذا خافا عليهما عدم القيام بالواجب فيما إذا رضيا التسليم لأنه [illegible] وعلى اعتبار هذا المفهوم ينبغي أن يحرم عند عدم هذا الخوف بالقبول ولا تعطوه
[illegible] فيها بما فيها قوله صلى الله عليه وسلم المختلعات هن المنافقات رواه الترمذي [illegible] وفي أبي داود وغيره عنه صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها
من غير بأس لم ترح رائحة الجنة إلا بالحكم بعدم النفاذ والصحة إذا وقع وأما من قال إنه [illegible] فذكر أنه لا أساس له ولا اعتبار على أن [illegible] وفي الكتاب
تمهيد [illegible] أن المال [illegible] تسليم نفسها والله تعالى [illegible] الأركان [illegible] الغرض الذي شرع لأجله [illegible] والتزويج قد كان الملك
كما صحت هذه المعاوضة فلا بد أن تملك نفسها حكما [illegible] في جانبه سبحانه أعلم **قوله وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها شيئا**
لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا [illegible] عدم [illegible] وتقدم ما قيل من [illegible] بثبوت الكراهة دون التحريم للمنافقة وليس الشيء إذ
لا منافقة في التحريم فإن إطلاق النهي في الآية المطلقة [illegible] الآية [illegible] إلا أن [illegible] فإن لا
[illegible] يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به [illegible] فلا تعارض في حرمة
[illegible] في المال [illegible] أو نصيفا

وقوله تعالى ... بعد ما ... حبيبة بنت سهل ... ثابت بن قيس بن شماس ... فلا يكن ... الخلع ...
جواز ... القضاء ... الحكم ... النشوز ... مقتضى ... الحكم ... الأول ...

لتستطيب بالمال مقابلة خلاصها من المشقة التي هي فيها بسببه ذلك وقال تعالى بعد ما تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا أولى في ذلك على
حرمة أخذه المال لكنه يكون حلالا إلا أنه لو أخذه جاز في الحكم كما ذكره والعنت وأخرى بحكم صحة ذلك وإن كان بسبب خبيث والاعتراض بأن مقتضى قوله تعالى
فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثبوت الجواز حكما في صورة النشوز في القضاء فإنه ذكر شيئا باعتبار الجواز وفيما لا جناح فيها جائز في القضاء والإباحة ترك الأصل فيه حق
الإباحة المعارض بقوله تعالى ولا تأخذوا منه شيئا الآية يعني سمي البغي الباقي أي ما الأمر في القضاء الاتصال الجواز هو الإباحة وتمامه أن يقال ...
نقول إن معنى الإباحة يستوي الطرفين فلا إثم ولا وزر ومعنى الجواز من جاز أي مر ونفذ فيما إذا أخذ شرعا أي الصحيح وهو المستتبع للترتب الآثار الشرعية
أعم من كونه يحل والحرمة كما في كل نهي عن أمر شرعي لم يقم فيه دليل على أنه لغيره كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم وهنا كذلك فلا أخذ حرام مع
عدم النشوز وإن كان برضاها لو أخذ يكون أخذه سببا للملك كما في البيع فيما قلنا حيث يكون لسبب ممنوع لا يتعلق بالنهي هنا عن أمر حسي فهو عدم وجوده شرعا لا يكون
شرعه من إباحته سببا مفيدا للحكم الملك كالنهي عن الزنا إلا أن ذلك مقتضاه إذا لم يدل الدليل على أن النهي فيه لغيره وهنا دل على أنه لزيادة الإيحاش
فعلى أن يقول إذا ترك في حق الإباحة فقد تعارض فإنه يلزم من ثبوت النفاذ شرعا وذلك لأن دلالته على النفاذ ليس بالدلالة التي هي الإباحة لأن دلالة المطابقة
على الإباحة والمعنى المطابقي لنفي الجناح فيلزم من ثبوت الإباحة النفاذ فإذا انتفت الإباحة انتفت بلازمها إلا أن دليل ... مستقل آخر على ثبوت
النفاذ شرعا وهو مسعد ... على هذا فظهر قول إنها ... قوله لا طلاق ما ملكوا بدا أي أولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني بطريق دلالة
العبارة فإن عبارته نفي الجناح عند مشاقتهما ولا شك أن مشاقتها مشاقتها فإذا كان له أن يأخذ بما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاقته منه فأخذه ذلك
فيما لا مشاقة منه فيه أولى قوله ووجه الأخرى قوله لامرأة ثابت إلى آخره تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري وليس فيه ذكر الزيادة وقد رويت
مرسلة ومسندة فروى أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء وأقرب الأسانيد مسند عبد الرزاق قال أنا ابن جريج عن عطاء جاءت
امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال أتردين عليه حديقته التي أصدقك قالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا وأخرج الدارقطني
كذلك وقال وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح وأخرج عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت
عبد الله بن أبي بن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم
أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فأخذها وخلى سبيلها قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل
من المختلعة أكثر مما أعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعيب على ثابت في دين
ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه
من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الإمام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الأنصارية وكان ذلك أول خلع في
الإسلام فقد علمت أنه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لأن المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا إذا اعتضد بمرسل آخر ... من روى عن غير رجال الأول
أو بمسند كان حجة وقد تقدم ما يجيء في ذلك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب وفي اسم أبيها عبد الله بن سلول أو سهل
والمسألة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق ... عن عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من
زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه ... عن ابن جريج عن

[illegible] الطلاق ... المال لان الزوج يستبد بالطلاق ... بقبولها ... [illegible]

[illegible] ... الطلاق ... معاوضة المال بالنفس ... [illegible]

موسى بن عقبة عن نافع ان مولاة لامرأة اختلعت من كل شيء لها وكل ثوب حتى نقبتها وروى ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن ايوب عن كثير مولى ابن سمرة وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عيينة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه لا يأخذ منها فوق ما اعطاها ورواه وكيع عن ابي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن ابيه عن علي انه كره ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وقال طاؤس لا يحل له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها واوردوا ان شرط قبول خبر الواحد ان لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اجيب اذا خص منه شيء او عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا بالنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى ولا تأخذوا منه شيئا فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فيجوز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض من تخصيص ... ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصا لا يقال اخذ الزيادة ايضا غير متناول المطلقة لانه في نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزها الا بالقول ثبت اباحة اخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق اولى كما بينا على هذا فيظهر كون رواية الجامع اوجه فيكون اخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من ان يزداد المحمل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله اعلم

قوله واذا طلقها على مال الخ صورته ان يقول انت طالق على الف او بالف اما لو قال وعليك الف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة او اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار معنى المعاوضة والقبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها واليمين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء ولا بد من تمام التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس لما قدمنا وزاد في النهاية قوله ولو قلنا بتعليقه بالاداء لكانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله انت طالق على ان تدخل الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان اديت فانت طالق وهو الشرط المحض وهو معتبر في المعاوضات لا يستلزمه تعليق البيع على ذكر الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة اما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه او الجانبين فليس هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك وما علم ان التعليق الى قوله بقبولها حيث ينزل بمجرده فيما يتحقق فيه التحقيق اما فيما يحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا مطلقا وقال الفقيه ابو جعفر ينوي الزوج ان اراد به التحقيق دون السوم يصح ... المختار المفتى به قوله لما بينا يعني قوله ولا نها ... الا التسليم بانفسها قوله وهي الكنايات ... [illegible]

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه وان اختلعت على عبد لها آبق

فلم يشرع تمليكه الا بعوض هنا اما الاسقاط فنفسه شرف اي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية فلا حاجة الى ايجاب المال اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه قوله وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس كليا فانه صادق البعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا او البعض لا كالاقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وبطن جاريتها يجوز بدله ما في بطون غنمها ولا تجوز مهرا بل يجب مهر المثل والفرق ان ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المآل فكانه تعليق بالانفصال من البطن واحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذا الاخر اعني المال ولا يقبل ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطون غنمها شيء حالة الخلع فلا شيء له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لا له لانها غير غارة اذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا اذ ظهر بجواز كونه ريحا وميتة فلا يلزمها شيء ويصح التاجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا المتفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التاجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية [illegible] يجوز اختلاعها على زراعة ارضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوة بها او خدمة اجنبي لان هذه تجوز مهرا وفي الخلاصة قالت طلقني على ان اؤخر مالي عليك فطلقها ان كان للتاخير غاية معلومة صح به التاخير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على ان تبرئه عن الكفالة اي التي كفل بها لها من فلان فالطلاق بائن انتهى كلامه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا يسقط بل يتاخر بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال او مطالبتها اياه به قوله اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهو البضع حالة الخروج بخلاف حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير من مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث قوله لانها لم تغره بتسمية المال لان ما في يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا وكان ومثل هذا قولها على ما في بيتي او ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء فلا يلزمها شيء لان الشيء يصدق على غير المال فان كان فيه شيء فهو له كقولها فهو له ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها المقبوض والوجه ظاهر في الكتاب وقوله لا وجه الى ايجاب المسمى اي ما سمته المرأة وهو المال وقيمته لجهالة جنس عليه يجب ان يلزمه ما يصدق عليه اسم المال واقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب ابن ابي ليلى الجهالة تحمل الفساد ولان كونها اقل ما يسمى مالا قد جهل منه قوله لانها سمت الجمع واقله

على ما في يده من متاع ... فلم يكن ... وعليها ... تسليم ... [illegible]
واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلاثا بالف

ثلثة فان قيل هذا في قولها دراهم ظاهر اما في المال فينبغي ان يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام الى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغي ان يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدية فاما ان امكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فان قولها على ما في يدي افاد كون المسمى مظروف يدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو ما صدقات لفظتها وهو مبهم ولفظه من وقعت بيانا و مدخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى وليس الذكر كالانثى للعهد لتقدم ذكره في قوله ما في بطني محررا وان كان يخالف في كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه في وليس الذكر لان المراد بلفظ ما فيه متعين لان المنذور للبيت انما هو الذكر ولانه لا يكون للجنس الا عند امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس في لا اشتري العبيد لامكان الاستغراق في النفي دون اشتري العبيد لعدم الامكان فيحنث بشراء عبد واحد في الاول ولا يبر الا بشراء عبد في الثاني بل بشراء
ثلثة ... [illegible] ... تشبيها وصلاحية
وضع الذي موضعها موصولا بمدخولها حال كونه خبر المبتدأ الذي هو ضمير المبهم كهذا ما في يدي الذي هو الدراهم كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان تصدق الرجس الذي هو الاوثان الا ان الاول يكون لفظ الصلة اصطلاح وما قيل ان تعيين الثلثة فيما اذا لم يكن في يدها شيء لان البضع متقوم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة دفع بانه غير متقوم البضع في الخروج وهو متنف وفيه نظر لان المراد به لما لزم المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترما فالغاؤه بلا بدل اسقاط الملك عنه ما هو معتبر والدرهم الواحد وان صدق عليه الجنس الذي صار اليه الجمع غير ذي خطر اذا لم يقطع العضو به بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملا لا دلالة بالتعيين المذكور كانه رجح الحمل على الفرد بعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره **قوله** على التحابه يعني ان وجدته سلمه والا فلا شيء عليها **قوله** وعليها تسليم عينه الى آخره هذا فرع صحة التسمية وانما صحت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انه اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا يفضي الى المنازعة في القيمة فيدافع وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه ان رضي سيده والا قيمته وهذا بطريق اولى لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع اولى بخلاف البيع لان مبناه على المشاحة فالعجز يفضي اليها ولم يشرع الا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه وبخلاف ما اذا خالعته على دابة وعلى ان تزوجه امراة ومهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لان الجهالة متفاحشة لاختلاف الاجناس فلا يمكن ايجاب المسمى بعينه ولا قيمته بخلاف ما نحن فيه لانه يمكن تسليمه او قيمته وغاية الامر ان يكون كتسمية عبد وسط واذا صحت التسمية وجب تسليم المسمى واشتراط البراءة عن ضمانه باطل لانه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط مبهم حكمه فيبطل هذا

فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف وهذا لأن حرف الباء تصحب الأعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وإن قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الألف لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء وله أن كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطا

الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لأنه يصح وإن كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب أصله لأن وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لأن مطلق الشيء يقتضي كماله لأن العيب فائت من وجه فكان الموجب الأصلي هو العين فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لأنه إثباته ثم إسقاط لبعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل بإيجاب مقتضاه أو نقول السلامة إنما هي مقتضى العقد الذي لم يشترط فيه ضدها وهو المطلق لا غير بخلاف أصل البدل فإنه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي أخذته لأنها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لأنه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسميته ذكره شمس الأئمة ويجب في صورة ما إذا كان مات قبل الخلع إن كان الزوج علم بذلك أن لا يجب له شيء كما قدمنا في الخلع المعين إذا ظهرت خمرا وهو يعلم وفي الكافي للحاكم وإن اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده وبذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته **قوله** فطلقها واحدة أي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء **قوله** فعليها ثلث الألف وبه قال الشافعي وعن مالك يقع بألف وعند محمد يقع بغير شيء والدعوى موقوفة على إثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلثه فأثبته بقوله لأن الباء تصحب الأعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة ولا تخلي بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن العوض أن لا تبرع بشيء منه لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الألف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه لأنه إذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الأمر يكون طلب الجملة بعوض طلبا لكل جزء منه لكن يبقى فيه أنه إنما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الأخريين لا منفردة فإيقاعه الواحدة فقط إيقاع غير المسؤول فيقع بغير شيء وهو وجه قول الإمام أحمد فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الأول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلثها يجوز باعتبار أنه يحصل بعض المقصود وكذا هنا بل أولى فإن مقصودها الأصلي ملكها نفسها بالقطع غير أنها ذكرت أحد صورتي ذلك وهو الثلث بعد طلبها بحصته كل منها فإتيانه بواحدة تحصيل أصل المقصود في صورة أخرى فهو أولى بجوازه بحصتها بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الأعبد الثلاثة بألف كل واحد بثلثها فقبل في واحدة لا يجوز على قول أبي حنيفة فإنه لمانع فهو تفريق الصفقة فإنه ضرر على البائع لأن عادة التجار ضم الجيد إلى الردي في الصفقة ليروج الردي فالقبول في بعضها إلحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لأن الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الألف حيث كان الإيقاع منه وفي هذه لم يرض بها إلا وأن يكون بإزائها ألف ولم يوجد منه الإيجاب ما يدل على

وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا وجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق بائنا لوجود الرجعة

الرضاء ولو قالت ثلثا بالف فطلقها ثلثا متفرقا في مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفي الذخيرة قال طلقي ثلثا على الف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمت بازاء الحرمة الغليظة وفي المرغيناني لو قال انت طالق اربعا بالف فقبلت طلقت ثلاثا بالف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الامر باليد عن ابي يوسف رح لو قالت طلقني اربعا بالف فطلقها ثلثا فهي بالف ولو طلقها واحدة فبثلث الالف **قوله** وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط يبين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفي النهاية لا يتم تعليل ابي حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى انها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارا للشرط لهما ان يقولا لم صارت تلك الاستعارة اولى من استعارتها لمعنى الباء وهي لان حقيقتها الالزام والالصاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم اكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما في المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتباره فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق ان يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على راسي وهو محل اطلاق العربية كونها للاستعلاء وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا الآية اي بشرط ذلك ونحو انت طالق على ان تدخلي الدار وما وجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على الف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على ان انصرك او اعطيك او اشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا ينقسم اجزاؤه على اجزاء مقابله كما قالت ان طلقتني ثلثا فلك الف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلا لشيء بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما في بالف ففي اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وفي اعتبار الشرط لا اذ الشرط لا يتوزع اجزاؤه على اجزاء المشروط بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك فلا يحتاط في اللزوم اذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون على لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه اذ غايته انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهي خصوص المادة اعني كون مدخولها جسما محسوسا او غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد اما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك ان الاشتراك واقع ليس لا لدليله على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازي اللزوم ليس باولى من القلب وكون ذلك قول اهل العربية لا يرجحه لان اهل الاجتهاد هم اهل العربية وغيرهم واحد في الكل لا ينقل عن الواضع ان

ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف ولا بد من القبول في الوجهين لأن معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا

المعنى الحقيقي كذا بل ليس حكمهم به إلا بناء على أنه رواه متبادرا عند الإطلاق لأهل اللسان ونحن أوجدناك تبادره للزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر هذا ولو تنزلنا إلى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة أعني الاستعلاء كان في المجازي أعني اللزوم وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب في الشرطية وما يجب في المعاوضة إلى آخر ما قلنا بعينه **قوله** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف تقدم وجه الفرق بين إبدائها وابتدائه **قوله** ولو قال أنت طالق إلى قوله ولا بد من القبول لو قال أنت طالق بألف أو على ألف أو خلعتك أو باريتك أو طلقتك بألف أو على ألف يقع على القبول في مجلسها فهو يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها أما تعليقه بالقبول فلأن الباء للمعاوضة وقدمنا أن في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا إشكال فعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعل هو إما القبول أو الأداء ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فإن قلت فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط أنه القبول أو الأداء بعدم لزوم إرادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لأصل المال من غير أن يثبت لزومه بل قالوا ما هو أبلغ من هذا وهو لو قال أنت طالق على أن تعطيني ألفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد أما إذا قال لو أعطيتني أو جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الإعطاء شرطا بخلاف ما مع على حتى أنه إذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مسئلة على أن تعطيني وفي إن أعطيتني إلا أن يعطي الزوج طلاقا مستقبلا بألف لها عليه وذلك لأنه يقال على أن تعطيني منك لك أو يراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أي حتى تقبلوا للإجماع على أن بقبولها ينتهي الحرب معهم هذا ثم في قوله إن أعطيتني يشترط الإعطاء في المجلس بوقوع الطلاق وفي قوله إذا أو متى أعطيتني لا حاجة إلى الإعطاء في المجلس وهذا يبين أن معنى المعاوضة يلاحظ وإن ذكر تصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلأنه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها إذا ابتدأت قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا إضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس فإذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها إذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره **فرع** قال لأجنبية أنت طالق على ألف إن تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول إلا بعد التزوج ولم يحك خلافا في جوامع الفقه وغيره وجعل هذا قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف إذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت

ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة وكذا إذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبل وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة فإن ردت الخيار في الثلاث بطل وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف وهذا عند أبي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها ألف لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأنه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الأيمان

والحق قول أبي حنيفة لأنه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده. **قوله** ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف أو قالت هي أو العبد طلقني واعتقني ولك ألف ففي ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولا شيء له قبلا أو ردا وفي الثاني يقع إذا أجاب ولا شيء له وقالا لا يقع شيء ما لم يقبلا فإذا قبلا وقع ولزمهما المال لهما أن هذا الكلام يقال لقصد المعاوضة حتى أن قوله للخياط خط ولك درهم وللحمال احمله ولك درهم يفيدها ويلزم المسمى المعلوم بإرادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لإحاطة العلم بإرادته وطريق إفادة اللفظ لذلك أن تجعل الواو للحال فالحاصل أنت طالق أو خط في حال وجوب الألف لي عليك أو لك علي وإذا لا يتحقق هذا الحال إلا بقبوله فعنده يثبت شرط الطلاق إذ الأحوال شروط فيقع عقيبه فيلزم المال فإن قيل إنما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا قلت الخلع أيضا معاوضة وله أن قوله وعليك وقولهما ولك ألف جملة تامة والأصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود وكذا لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال إلا بقرينة تفيد مشاركتها فيها كما في قوله إن دخلت فأنت طالق وعبدي حر فإن العتق متعلق أيضا بالدخول لأن قوله وعبدي حر وإن كان تاما إلا أنه في حق التعليق قاصر لأن الجزاء الأول لا يصلح جزاء له بخلاف مسألة الضرة لأنه يكفيه أن يقول وضرتك إن كان عزمه التعليق لأن جزاء الأول يصلح جزاء له ولا دلالة ههنا لأن الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال وضع عدم اللزوم فالكرام يأبون قبول بدلهما أشد الإباء بخلاف الإجارة لأنها لم تشرع إلا معاوضة فلا بد فيها من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصرا لزمه إذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى مال عليها ابتداء وفي قولها ولك الألف إيجاب صلة مبتدأة وعدا منها والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فبقي الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل بخلاف قوله أد إلي ألفا وأنت حر لأن أول كلامه غير مفيد حكما معتبرا إلا بآخره إذ لا معنى لأمره بأدائها من غير موجب والقرينة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه أما ههنا فأول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر وكذا منها لأنه التماس صحيح كثيرا ما يقع وذكره فلا يتوقف على مضمون آخره واعلم أن جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الإنشاء وهو ممتنع على ما ذكر في الأصول فيجب أن يكون أو الاستئناف أو جاز إن ادعى أنها حقيقة فيه تبادر إليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال إلى دليل والجواب احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا فلا يلزمها بالشك على أنا نمنع كون كون جملة أنت طالق إنشائية وكذا أنت حر وقدمنا في باب إيقاع الطلاق الدلالة على أنها خبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتعليق الثابت ضرورة فارجع إليه. **قوله** فقبلت أي الطلاق على حكمه من التزام

باب الخلع ... [illegible]

المال والخيار فالخيار باطل إذا كان للزوج فيجوز وقبولها فلذلك يقع الطلاق ويلزمها المال وهو جائز إذا كان للمرأة
فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضي الأيام فإذا كان ذلك وقع ولزمها المال فإن ردت الخيار في الأيام
بطل الطلاق ولزوم المال وهذا التفصيل كله عند أبي حنيفة ولا يخفى أن العبارة الجيدة أن يقال فإن
ردت اختيارها الطلاق بأن قالت لا اختيار الطلاق وعبارة قاضي خان فإن ردت الطلاق بطل الخيار
في الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها وعليها المال وهو قولهما لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد
لأنه لم يشرع إلا في عقد لازم كالبيع والكتابة لا للمنع من الانعقاد والتصرفات حتى إيجابه وقبوله لا يحتملان
الفسخ من الجانبين أما من جانبه فلأنه في جانبه يمين لأنها صيغة تعليق الطلاق بقبولها المال وفي جانبها
شرط أي شرط اليمين ... [illegible] فإذا قبلت كان ذلك وجود الشرط أي شرط اليمين وإذا وجدت
لا يتصور رفعها ... [illegible] ولم يكن جعل الخيار لها ... [illegible] فيبطل ... [illegible] فإذا بطل الخيار يثبت
فيه ... [illegible] البيع يعني ... [illegible] فإذا ... [illegible] قبل أن يقبل ... [illegible]
حتى ... [illegible] المجلس ... [illegible] ثم قبلت فيما إذا كان هو المبتدئ بالإيقاع ... [illegible]
بصريح الشرط في ... [illegible] إذا قالت إن طلقتني ثلاثا فلك علي ألف فإن ... [illegible] في المجلس ... [illegible]
... [illegible] على كذا ... [illegible]
... [illegible] المجلس ... [illegible] أن يقبل ويصح تعليقه ... [illegible] حتى لو قال إذا ... [illegible]
... [illegible] في المجلس ... [illegible] ولزمها المال ... [illegible] قبل ...
... [illegible] الإيجاب ... [illegible] القبول قبل الإيجاب ... [illegible] في الإيجاب ... [illegible]
... [illegible] في البيع ... [illegible] إن ... [illegible]
... [illegible] وجوب التسليم ... [illegible] الخيار ... [illegible]
... [illegible] الخيار في الطلاق ... [illegible] خيار ... [illegible] البيع
... [illegible] إذا ... [illegible] النص فإن ... [illegible] البيع ... [illegible] الثمن
... [illegible]

... [illegible] الأصل ... [illegible] البيع ... [illegible]
... [illegible] الخيار ... [illegible] قال أنت طالق على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام ... [illegible]
... [illegible] الخلع ... [illegible] الألف ... [illegible]
... [illegible] الطلاق ... [illegible] الشرط ... [illegible] في الوجه

[illegible] ... ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط ... [illegible]

اذا قال اذا قدم فلان فقد طلقتك على الف واذا جاء غد الى آخره كان القبول اليها بعد مجئ الوقت وقدوم فلان

قوله فالقول قول الزوج اى مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك امس على الف اقرار بالتعليق لان قوله بالطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه الموجود بعده هذا مسند ومنشأ اختلاف فى وجود الشرط وهى تعليقه لتثبيت الطلاق وهو منكره غير مناقض اذا لم يتضمن رجوعه عن شئ مما اقر به فالقول للمنكر بخلاف قوله بعتك فانه اقرار بقبول المشترى اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبولها رجوع عما اقر به فلا يقبل حتى لو قال لغيره بعتك طلاقك امس فلم تقبل فقالت بل قبلت كان القول لها وقوله بعده اعتقتك امس على الف فلم تقبل وبعتك امس نفسك بالف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة اخوات فى كتب مجرد وقال لها طلقتك واحدة بالف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بالف فطلقتنى واحدة فلك ثلث الف فالقول للمرأة مع يمينها فان اقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع او قالت اختلعت بغير شئ فالقول قولها والبينة بينة الزوج اما اذا اتفقا انها سألت ان يطلقها ثلثا بالف فقالت طلقتنى واحدة وقال هو ثلثا فالقول قوله ان كان فى ذلك المجلس الا يرى انه لو قال لها انت طالق انت طالق انت طالق فى مجلس سواء لها بالثلاث بالف كان له الالف فغايته هذا ان يكون موقعا الباقى فى المجلس فيكون مشتغلا فان كان غير ذلك المجلس لزمها الثلث وان كان فى العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت سألتك ان تطلقنى على الف فطلقتنى واحدة فلك ثلثه يعنى على قول ابى حنيفة وقال هو بل سألتنى واحدة على الف فطلقتك فالقول قولها على قول ابى حنيفة رح وان قالت سألتك ثلثا فطلقتنى فى ذلك المجلس واحدة والباقى فى غيره وقال بل الثلث فيه فالقول لها وان قالت سألتك تطلقنى انا وضرتى على الف فطلقتنى وحدى وقال طلقتها معك وقد افترقا من المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقنى ولاهى فى ذلك المجلس وفى مسئلة خلع الثنتين بسوال واحد تفصيله وهو انه اذا خالع امرأتيه على الف كانت منقسمة على قدر ما تزوجها عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على الف او بالف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى فى ذلك المجلس ايضا لزمها ايضا حصتها لان الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعدما افترقا فلا شئ له فافهم ادعت المرأة الخلع وانكره الزوج فاقامت بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة او اختلفا فى جنس الجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج هو المدعى للخلع والمرأة منكرة فشهد احد شاهديه بالف والاخر بالف وخمسمائة والزوج يدعى الفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الف وان ادعى الفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره ... [illegible] شهادتهما

[illegible]
[illegible]

لذا اختلف فی بعض البدل ایضا الکل من مختصر الحاکم الشہید ابی الفضل فکلام محمد صریح ولو اختلفا فی مقدار العوض فالقول عنده تا وعن الشافعی یتحالفان قوله والمبارأة کالخلع بفتح الهمزة مفاعلة من البرأة وترک الهمزة خطأ فی المغرب وهو ان یقول بارأتک علی الف فتقبل قوله یسقطان کل حق لاحدهما علی الآخر مقید بالمهر والنفقة الماضیة اذا کانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسکنی فی العدة لا تقع البراءة منها وان کانا من حقوق النکاح بل المتعة النفقة والسکنی الا ان اختلعت علی نفقة العدة فتسقط دون السکنی لانها حق الشرع واطلاق جواب المسئلة یقتضی سقوط المهر فی جمیع الصور سواء سمیا شیئا فی الخلع او لا ولیس کذلک وجملته انهما اما ان لا یسمیا شیئا بان یقول خالعتک فقبلت ولم یذکر شیئا او سمیا المهر او بعضه او مالا آخر فان لم یسمیا شیئا ففیه ثلث روایات احداها لا یبرأ الزوج عن المهر حتی تاخذه ان لم یکن مقبوضا والاخری یبرأ کل منهما عنه وعن دین آخر سواء والثالثة یبرأ کل منهما عن المهر لا غیر فلا یطالب به احدهما الآخر وهو الصحیح قول ابی حنیفة سواء کان قبل الدخول او بعده مقبوضا کان او لا ففی الصحیح لا ترجع علیه بشیء ان لم یکن مقبوضا فلا یرجع الزوج علیها به ان کان مقبوضا کان الخلع قبل الدخول وهذا لان المال مذکور عرفا بالخلع فیثبت لم یصح به لزم ما هو من حقوق النکاح بقرینة ان المراد الانخلاع منه وان سمیا المهر فان کان قبل الدخول ولیس مقبوضا سقط عنه کله وان کان مقبوضا رجع علیها بجمیعه بالشرط وان کان قبل الدخول فان کان مقبوضا ففی القیاس یرجع علیها به وبقدر نصفه کله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتی لو کان الفا رجع بالف وخمسمائة وفی الاستحسان بالمقبوض فقط لان المهر اسم لما استحقته المرأة وهو نصف المسمی قبل الدخول فیجب علیها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحقه فیجب علیها رده کذا ذکره قاضی خان قیل وینبغی ان لا یجب الا النصف بالشرط ویسقط الباقی بحکم الخلع کما اذا خالعها علی مال آخر قبل الدخول وقد قبضت کل المهر لا یجب علیها رد شیء منه وسیاتی وکذا اذا سمیا بعض المهر فانه یجب علیه المسمی بالشرط ویسقط الباقی بحکم الخلع ولکن تدقیقا ینبغی ان یجب کل المسمی بالشرط لان المهر اسم لما صحت تسمیته فی العقد غیر انه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول رجع علیها بکله بالشرط وان لم یکن مقبوضا ففی القیاس یسقط عنه کله ویرجع علیها بخمسمائة لانه یستحق قدره بالشرط وهی تستحق علیه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فیلتقیان قصاصا بقدره ویرجع علیها بالزائد وفی الاستحسان لا یرجع علیها بشیء لان المهر ما استحقته وهو خمسمائة فیجب ذلک ویجب له مثله علیها بالشرط فیلتقیان قصاصا وان سمیا بعض المهر بان خالعها علی عشرة مثلا والمهر الف فان کان بعد الدخول کله مقبوض رجع علیها بمائة بالشرط ویسقط الباقی لتاخر وان کان غیر مقبوض سقط عنه کله مائة بالشرط والباقی بحکم الخلع وان کان قبل الدخول وکله مقبوض ففی القیاس یرجع علیها بستمائة مائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفی الاستحسان یرجع علیها بخمسین لانه

ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه
بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح
ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو
مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها

عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغي ان يرجع بأنه وان لم يكن مقبوضا
سقط كله استحسانا عشرة بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سمياها لا يأخذ غير المهر
فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غيره وان لم يكن مقبوضا فله المسمى ويسقط عنه المهر بحكم الخلع
وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى سلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه وان لم يكن مقبوضا فله
المسمى بالشرط ويسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا فنقول [illegible] فيه وجه قول محمد ان هذه معاوضة
باشراها [illegible] ليس الا في وجوب المسمى لا في اسقاط غيره ومعاوضة كما انها يسقط الطلاق على مال ولهذا لا يسقط
دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع ان النفقة اضعف من المهر ولابي يوسف ان المبارأة
من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين لانه مطلق في كل شيء الا انا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض فان الغرض
المبارأة عن متعلقاته اما الخلع فانما يقتضي فصلا وانخلاعا حقيقة تحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابي حنيفة ان الخلع
ينبئ شرعا بقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتمام تحقق [illegible]
بسقوط الواجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر الا ما [illegible] بالنص لان [illegible] يفيد
اطلاقها ذلك في المبارأة كما قال ابو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر [illegible]
بانخلاع احدهما عن الآخر في وجه الكمال بان يخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك [illegible]
لكل منهما [illegible] النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط المهر [illegible]
[illegible] عن ابي حنيفة ان الطلاق على مال كالخلع يسقط به ما يسقط بالخلع [illegible]
[illegible] بسبب [illegible] النكاح [illegible] بخلاف نفقة العدة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] ساكنة في بيت نفسها [illegible] الاجرة [illegible]
[illegible] النفقة [illegible] وان لم تكن [illegible]
[illegible] الخلع [illegible] بخلاف [illegible]
[illegible] النكاح لان الابراء عن النفقة المستقبلة لا يصح [illegible] الطلاق على مال
[illegible] لفظ الطلاق [illegible]
حقيقة الطلاق [illegible] الخلع [illegible]

ليرجع عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم

من جهة الدليل ترجح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن ابي حنيفة في الطلاق على مال انه ايضا يسقط المهر كالخلع والا فما لها ما حلت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اي قال بعتك نفسك بالف فقالت اشتريت اختلف المشايخ في انه على قول ابي حنيفة كالخلع والمباراة اولا وصحح في الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمباراة وترجيح قول محمد بانه عقد معاوضة فلا تزاد على ما تراضيا عليه واللفظ وان كان ينبئ عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضائه فكيف يسقط غيره وقول من يحقق فانه اذا انبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى لذلك ان يسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضي على اثباته بمال فقد وقع التراضي في اثبات سقوطه ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة تنبيه لا يسقط المهر بخلع الاجنبي بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبي في اسقاط حقها كذا ذكره شمس الائمة وكذا الامة اذا اختلعت من زوجها بغير اذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وام الولد والمدبرة في الاذن يؤديان من كسبهما **فرع** اذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفي المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم تبين المدة وترضع حولين انتهى بخلاف الفطيم وفي الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلث سنين او عشرا بنفقتها صح الخلع ويجب ذلك وان كانت النفقة مجهولا يعني قدر النفقة وهذا لما علمت ان الجهالة غير المتفاحشة متحملة في الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان يأخذ قيمة النفقة منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبي الا ان اختلعت على كسوته ونفقته فليس لها وان كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا او فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها على امساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به اذا ولدته الى سنتين جاز فان ماتت او لم يكن في بطنها ولد تبع بقيمة الرضاع ولو مات بعد سنة تبع بقيمة رضاع سنة وكذا لو ماتت هي عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات او مت فلا شيء لك فهو على ما شرطت قاله ابو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح في الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج ان يأخذ الولد ويتركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح ولو خالعته على نفقة ولده عشر سنين وهي معسرة فطالبته بنفقته يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتماد وعليه الفتوى بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بما لها عليه من المهر ثم تذكر ان لم يبق عليه شيء من المهر فوقع ووجب عليه رد المهر وشبهه لو خالعها على عبد فالامر كان عنده او رهنها على المهر ليس في يده شيء وقع على مهرها فان لم يكن قبضته سقط وان قبضته ردته الى او مثله وقيمته ولو خالعها بمهرها او بعضه

لا يجب عليه وقع في خلعها بائنا وفي الطلاق رجعيا كما ذكرنا ولو كان طلقها بمهرها وقعت بائنة ... ان الامر لما لم يقع رجعيا قوله لم يجب عليها

البضع متقوم عند الدخول وهذا تعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال وان خالع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه
لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط
وان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح ففي الاب اولى ولا يسقط
مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل
القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كان الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صح بان الاصح وقوعه تعين ان المراد الثاني وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لانه في معنى التبرع بمالها **قوله** بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه اعطى المتقوم من ماله بمتقوم **قوله** ولهذا يعتبر خلع المريضة متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقد مناه في اول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث **قوله** ونكاح المريض الخ متصل بانه متقوم حال الدخول **قوله** والاول اصح نص عليه في المنتقى ووجهه ما ذكر من انه تعليق بقبول الاب وقد وجد الشرط وبما ذكر من وجه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كانه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل احد هذا ان قبل الاب فان قبلت وهي عاقلة فقد عرفت ان النكاح جالب والخلع سالب فوقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ وان قبل ابوها او اجنبي روى هشام عن محمد انه يقع وروى ابن سماعة عن محمد لا يقع ولو بلغت فاجازت جاز **قوله** على انه اي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها فالخلع واقع سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه او الالف فتلزمه الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح ففي الاب اولى لانه يملك التصرف في نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والايضاع اولى بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل به للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب شيئا في انه لم يحصل له شيء بخلاف البيع فانه حصل ما ذكرنا له والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا ان البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب فاذا بلغت تاخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ثم يرجع هو على الاب بالضمان او ترجع على الاب ولا ينبغي ان يرجع الزوج بشيء لو كان المهر عينا اخذته من الزوج كلا ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ثم يرجع الزوج على الاب بقيمته **قوله** وان شرط اي لو شرط الزوج الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تكون مميزة وقد سبق ان عرفت ان النكاح جالب والخلع سالب فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة والمبيوتة بالخلع يتعدد القبول عنه وان لم يلزم المال الا بدين الى ما بعد اسرة

وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقفت على قبولها فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر
وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزم الأب خمسمائة استحسانا

ونحوه وإن قبله الأب بدونه عنها ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يصح لأنه نفع محض إذ تخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها
فصار كقبول الهبة وفي أخرى لا يصح لأن قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الأصح **قوله** وكذا إن خالعها أي خالع الصغيرة
[illegible] على مهرها ولم يضمن الأب توقف على قبولها إن كانت على ما قدمنا آنفا فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ووقع الطلاق بائنا
ولا يسقط المهر وإن قبله الأب فعلى الروايتين ما لم يضمنه فإن ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا أن الصغيرة العاقلة إذا
قبلت الخلع من نفسها جاز الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تأويل المسألة أن يخالعها على مال مثل مهرها أما على مهرها
فلا يجوز لأن الأب ليس له ولاية إبطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والأصح أن الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لأن العقد
يتناول مثله لا عينه وضمان الأب إياه صحيح ثم ينظر إن كان مهرها ألفا والخلع قبل الدخول وهي المراد بمسألة الكتاب لزمه
خمسمائة وفي القياس يلزمه الألف وأصله أن الكبيرة إذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس
يجب خمسمائة لأنه وجب عليها ألف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فيبقى عليها خمسمائة
له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شيء لأن المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه
تجب خمسمائة له بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضي خان وقد قدمنا الأقسام كلها وإذا عرفت هذا
علمت أن الصواب أن يقول إذا خلعها على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فإنه إذا خلعها كذلك يكون ان لن
من الخلع على مال آخر غير أنه اتفق أنه مثل المهر والأشبه لذلك والحكم فيه إن كان قبل الدخول وجوب المسمى له وسقوط
المهر عنه إن لم يكن مقبوضا وسلامته لها إن كان مقبوضا لا يرجع عليها بشيء كما قدمناه في التقسيم وإذ قد وقع الكلام
في خلع الأجنبي فلا بد من ذكره تتميما له واعلم أن الأجنبي إذا خاطب الزوج فإما أن يضيف البدل إلى نفسه على وجه
يفيد ضمانه أو ملكه إياه أو لا يضيفه أو يضيفه إلى غيره فإن أضافه إلى نفسه كذلك بأن قال اخلعها على عبدي هذا أو ألفي
هذه أو على ألف على أني ضامن فقبل فالخلع واقع والمسمى عليه فإن استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لأنه الف على او
إنما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا إلى قبوله بل يكفي ذلك والأمر منه لأن الواحد يتولى
طرفي الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت نفسك مني فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار أنه يصح
لأن [illegible] التحقيق [illegible] قلت ما الفرق بين تسمية الأجنبي وسيد الأمة المنكوحة لعبده أو جاريته إذا خلعها
من الخلع [illegible] بل تجب قيمة العبد على الأشبه [illegible] في حق السيد فإن [illegible]
[illegible] إلا أن السيد التزم
[illegible] وإذا بيعت إن كان عليها
[illegible] في جميع ذلك
[illegible] الشرط لو وجب البدل لا لو وقع

فى القياس يلزمها الالف واصله فى الكبيرة اذا اختلعت

الطلاق وان ارسله بان قال على الف او على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى احد
فان قبلت لزمها تسليمه او قيمته ان عجزت وان اضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل
اضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتى على عبدك لان العبد اضيف اليه ولو كان الزوج قال لها
خالعتك على عبد فلان او قالت هى اخلعنى على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هى العاقدة
فى العقد ولو قالت اخلعنى على الف على ان فلانا ضامن فاجاب فالخلع معها لانها العاقدة ويتوقف ضمان فلان على قبوله
ولو وكلت من يخلعها بالف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد فى الخلع ترجع الى من عقد له الا الى
الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه واذا ادى رجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه ففائدة امرها به الرجوع عليها
بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فادى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك
النكاح بغير امره والصلح عن دم العمد كالخلع فى جميع ما ذكرنا **فروع** تتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق
عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وابى الدرداء وسعيد
بن المسيب وشريح وطاوس والزهرى والنخعى والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثورى وعند مالك والشافعى
واحمد لا يلحقها ولا يقع ولنا الطلاق فى قوله نسائى طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التى يقع بها الا
مثل اعتدى استبرئى رحمك انت واحدة ينوى الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند ابى حنيفة رحمه الله
وابى يوسف رح خلافا لمحمد رح لهم ما روى انه عليه الصلوة والسلام قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت
فى العدة ويروى عن ابن عباس ولنا ما رواه ابو يوسف رح باسناده فى الامالى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال
المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة وحديثهم لا اصل له ذكره سبط ابن الجوزى فى ايثار الانصاف امرأة
قالت خلعت نفسى منك بالف ثلث مرات فقال الزوج رضيت او اجزت كان ثلثا بثلاثة آلاف خلع امته على رقبتها
وزوجها عبد او مدبر او مكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها فيبطل النكاح
وحينئذ يبطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه بطل البدل وبقى لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر امتان
او خلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع فى التى خلع على رقبتها
وهى الصغرى لانه امكن تصحيح الخلع فى الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها الا فى الصغرى
لان الطلاق فى حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فتنقسم الصغرى على مهريهما لانه خلعهما بها لا عن طلاقها
فيما اصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما اصاب الصغرى بقى للمولى ولو خلع كل منهما على رقبة الاخرى
طلقتا بائنا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فيخرج فى حق الطلاق ... الزوج ...
البدل امرأة لها اخ ... تزوجت ... خلعت ... فى مرضه ...

قبل أن يدخل بها الأول فمهرها ألف في القياس عليهما خمسمائة زائدة وفي الاستحسان

لها غير ملزمة حصة العدة كالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويجب ثان بالعشرة فلو كان طلقها على مهرها وما تستحقه في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفين **قاعدة في الطلاق** في الأصل أنه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما إذ ليس صرف البدل إليه أولى من الآخر إلا إذا وصف الأول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثاني وإن شرط وجوب المال على المرأة حصلت البينونة لأنها إنما تلزمه لتملك نفسها فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بائن أو قال على أنك طالق غدا أخرى بألف أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بألف فقبلت تقع واحدة مجانا في الحال وغدا أخرى بغير شيء إلا أن يتزوجها قبله لأنه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة إلى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف إليهما ألا يرى أنه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف إليهما فيقع اليوم واحدة مجانا ثم إذا جاء غد يقع أخرى لوجود الوقت المضاف إليه ولا يجب شيء لأن شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالأولى حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بجسامة لوجود شرط وجوب المال ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائنة أو بغير شيء على أنك طالق غدا أخرى بألف تقع في الحال واحدة مجانا وغدا أخرى بالألف لتعذر الصرف إليهما لأنه وصف الأولى بما ينافي وجوب المال إلا أن في قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال أنت طالق ثلاثا للسنة بألف فقبلت يقع في الطهر الأول واحدة بثلث الألف وفي الطهر الثاني أخرى مجانا لأنها بانت بالأولى ولا يجب بالثانية المال إلا إذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع أخرى بثلث الألف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه وتعالى أعلم **فروع** لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الأئمة أنه يبرأ كل عن صاحبه قال خواهرزاده هذا إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الصحيح فإنه لم يكن على الزوج مهر قبلها ترد ما ساق إليها من المهر لأن المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا إلا إذا اشترطا في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي أعني رد المهر وذكر في الوجيز فيما إذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهرزاده أنه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كأنه قال طلقي نفسك طلاقا بائنا فقالت طلقت ثم [illegible] على ما يجيء من [illegible] ما ساق إليها من الصداق إذا كان مقبوضا وإن لم يجعل كأنه قال طلقتك بائنا لكن هو مذكور في غير [illegible] ذكره في التجنيس إذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما إذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بأن اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق [illegible] الذي يجوز [illegible] البدل مقدار [illegible] بل يجوز بكل

ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع اذا قال
اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا ولم يذكر مالا
مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة يقع
ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح واما الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال
وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه
الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا ان ينوي خلافه يدل على هذا ما في المنتقى قال ابو يوسف اذا قال لها
اخلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا الا على مال الا ان ينوي بغير المال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك
ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تصادقا على عدم النية ومما يوجب حمله
على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما اذا قال اخلعي نفسك بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفي المال نقله عن محمد الفضلي
والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من ان حقيقته ما فيه المال لو قال لاجنبي اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله
طلقها بائنا ولو قال اختلعي على مال كذا ما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على الف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك او نحوه
فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اشتري نفسك مني بالف والباقي بحاله بحيث يتم والفرق ان التفويض في المسئلة الاولى
لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستبدا مستقصا وهذا مفقود في الثانية فلو لم يصح لمضادة الحقوق وحقوق
الزوج الى الوكيل اذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه او لقنها ابرأتك من نفقة العدة قيل يصح وقيل
لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر ان كان اسقاطا لكنه استيفاء يحتمل الفسخ فصار شبه
البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما يقع قال ابرأتني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت ابرأتك من
كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض اذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة
ما دامت في العدة لانها لم يكن لها حق حال الخلع فعند الظهران تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء معيرة وينصرف الى القائم لها
اذ ذاك وبعض المشايخ لا يصح هذه للجهالة وبهذا اخذنا عموم الاجمال ولو تزوجها على الف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على الف
ثم اختلعت منه على مهرها لا يبرأ الزوج الا عن الثاني دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكيل امرأته في خلعها فخلعها على الف
فانكرت التوكيل فان كان ضمن المال الزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقها الزوج على انها وكلته وقع
الطلاق ولم يجب له مال وان لم يجز ذلك لا يقع الطلاق لانه ظهر ان الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج بائع منه تطليقة بالف قال
هنا يقع الطلاق ضمن له المهر او لا لان لفظه اشترى لفظه الضمان وقال ابو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى جاء رجل بالرسالة
من امرأة الرجل اليه في ان يطلقها او يمسكها فقال الزوج للرسول بل طلقها فقال الرسول ابرأتك من جميع ما لها عليك فطلقها فانكرت
المرأة امره بالابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها او وكالتها اياه كذلك وقع عليه الحق فان لم يدع ...

باب الظهار

فقال اجاكم من حقها عليك على ان طلقتها فالطلاق غير جائز لان وقوع الطلاق بالسبب موقوف على اجازتها وان لم يقل على ان تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها وهذه في امر الحكمين بما كان بسبب النشوز الشاقة وجب ذكر امر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما فضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين ايضا وقيل الضميران للزوجين والاولى ان يكون الحكمان من اهلهما كما ذكره الله سبحانه وتعالى وانما كان اولى لانهما اعرف بباطن امرهما واشفق عليهما وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من اهلهما الا ان لا يوجد من اهلهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كونهما من اهلهما ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وابي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول الاوزاعي واسحاق وروي عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرأ من المال فكيف يفعل ذلك نائبه وفي احكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع امرها الى السلطان فيبعث حكما من اهله وحكما من اهلها ايهما كان اظلم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالسفيه والمحجوب والحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقوقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما ان يجمعا ولا ان يفرقا بغير امرهما وما زعم اسمعيل المالكي من ان ابا حنيفة واصحابه لم يعرفوا امر الحكمين اخبار بالنفي بعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية لقبول قولهما عليهما والحكمان يمضيان امر الزوجين فاذا قصدا الحق وفقهما الله للصواب فيهما كان للجمع والتفريق فيهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكلاهما وعن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم يتفقوا على انه جائز بغير رضى الزوجين هذا لانه فيها لزوجها ان يطلقها امرأة الغير بغير اذنه ولا ان يدفع مالا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للغير في المال قال الله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه والحكمان انما جعلا للصلح وليسا حاكمين ولهذا لم يعتبر... عليه فاذا لم يقبل على الحكم... الحكمان شاهدان في حال ويصلحان في حال اذا فوض اليهما

وقول من قال يفرقان ويخلعان من غير توكيل منهما غير مقبول عندنا وليس بالمدعى عن علي رضي الله عنه شاهد في ذلك

باب الظهار ومناسبته انه لما ان كان منشؤه يكون عن النشوز فلذا جعله عقيب الخلع لانه اكمل في باب التحريم اذ هو تحريم يقطع الكلام وهذا من حقيقته ... لانه منهما ... في النظر ... الى الظهر يعني ... بحسب اختلاف الاعراض فيقال ظاهرت المقابلة ... حقيقة ... باعتبار ... المقابلة ... باعتبار انه يقال ... الا ... باعتبار ... في ... الا ... المشتق ... في ... لانه ... الظهر ... بالبطن ... الركوب ... مكنى ... المرأة ...

وكذا لو قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي [illegible] ولا تنسيا [illegible] القول له فقال
والذين يظاهرون من نسائكم [illegible]

[illegible]

[illegible] قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا [illegible]
فتحرير رقبة [illegible]

[illegible]

فهو لا يسمى جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر

ما عار رواه ابو داؤد وقيل هو مكيل يسع ثلاثين صاعا قال ابو داؤد وهذا اصح وفي الحديث الفاظ آخر ورواه ابن ماجة وغيره **قوله** اذا قال الرجل لامرأته انت على كظهر امي فقد حرمت عليه وعن محمد للظاهر ان يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا اذا قال انت مني كظهر امي او انت عندي او معي وكذا اذا قال انا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى الحق ولفظ المشيئة لا يثبت ولو قال انت على كظهر امي ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ولو قال ان شاء فلان فالمشيئة اليه **قوله** وهذا اي ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة لانه اي الظهار جناية كبيرة محضة لكونه منكرا من القول وزورا بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة **قوله** ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه تفيد هذه العبارة ان هذا هو الاصل او طريق الحرم محرم على هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض فكان صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وفي حديث عائشة رضي الله عنها كان يامرني بان اتزر فيباشرني وانا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الامور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهري والاوزاعي والنخعي وقول الشافعي ورواية عن احمد لان حرمة الوطء نصا بقوله تعالى من قبل ان يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره او تحليلها كما قال الشافعي واحمد في قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض الكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فمن كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعي وعن كثرة وقوع الضدين الظاهر في كثرة وجود الجماع فينتفي لزوم شرع الزواجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام للكثرة بالنسبة الى كل شخص شخص فاستمر على الاصل وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لا في الصوم بان الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وذكره هنا حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني اقوى بسبب ان النهي تناوله مقصودا فيتعدى الى الدواعي بخلاف الثابت في ضمن الامر فانه لم يتعلق به نهي اصلا بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتاديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه فالفرق الحال بين الاستبراء والاحرام والاعتكاف وبين الحيض والصوم لثبوت حرمة الجماع فيهما بالنهي قال تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ولا رفث ولا فسوق نفي مستعار للنهي لتاكيده وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقال تعالى في الاخريين فاعتزلوا النساء في المحيض ثم اتموا الصيام ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لان المذكور في الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المامور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى انهم لم يمثلوا للنهي عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الا منهيا عنه وهو بيع لان النهي لنفس طلب الترك عدل الى ما ذكر والتحقيق ان الدواعي منصوص على منعها في الظهار والمذكور في وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكرنا ووجه كونها منصوصا على منعها فلان قوله تعالى من قبل ان يتماسا لا موجب فيه للحمل على المجاز لامكان الحقيقة وهي [illegible] ع لانه من افراد التماس فكل من التقبيل واللمس والجماع افراد التماس فيحرم الكل بالنص

لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه
قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به وإذا قال انت علي كبطن امي
او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا ان شبهها بمن لا يحل له
النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك اذا قال رأسك

فيظهر فساد قول المخالف والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** لقوله عليه السلام روى اصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس ان رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل ان يكفر فقال ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها في ضوء القمر وفي لفظ بياض ساقها قال فاعتزلها حتى تكفر وفي لفظ ابن ماجة فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وامره ان لا يقربها حتى يكفر قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب ونفى كون هذا الحديث صحيحا بعد الذي في مختصره بأن رجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذي عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب واما ذكر الاستغفار في الحديث والله اعلم به ونظائره من الموطأ من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل ان يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك احسن ما سمعت

قوله لو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه لانه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن والنخعي **قوله** وهذا اللفظ اي قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق او الايلاء او قال لم انو شيئا لانه صريح فيه وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره وهذا يعم ما قلنا وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال اردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفي صحة ارادته به احتاج الى الجواب وهو كلفظة انت طالق جعل شرعا موقع الطلاق على المخاطبة ويصح ان يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة **قوله** ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة الا انه فيما للعبد اي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لانها المعهودة فيما سبق من ذكرها **قوله** وهذا المعنى يعني تشبيه المحلل بالمحرمة يتحقق في التشبيه بعضو لا يحل النظر اليه على التأبيد لما كان الظهار كلاما تشبيها مشتملا على المشبه والمشبه بها وجب اعطاء ضابطهما ففي المشبهة ان تذكر بما او بجزء شائع منها او جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الاول وفي المشبه بها ان تذكر هي او عضو منها لا يحل النظر اليه على التأبيد الا ان مع ذلك ينوي كما سيأتي اذا عرفت هذا فعبارته اعني قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها الى قوله مثل اخته وعمته وامه من الرضاع ليست جيدة لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال انت علي او رأسك او وجهك او رقبتك او فرجك او نصفك او سدسك كظهر امي او خالتي او ام زوجتي او كفرجها او بطنها او فخذها او اليتها كان مظاهرا ولو قال يدك او رجلك او شعرك او ظفرك او سنك او بطنك او فخذك او جنبك او ظهرك كظهر امي او فرجها الى آخر ما ذكرنا لم يكن ظهارا لان هذه الاشياء مما يجوز النظر اليها ومسها بغير شهوة ولو قال انت علي او رأسك الى آخر ما قلنا كيد امي او جنبها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها وكذا لو قال يدك او رجلك الخ على كيدها او كرجلها الخ لا يكون ظهارا لانتفائه من الجهتين واذا احكمت ملاحظة الاصلين خرجت فروع كثيرة من تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفخذها اي او فرجك كفخذ امي يكون ظهارا وبطنك كفرجها لا يكون ظهارا ووجه الاعتبار في المشبه بكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما احال عليه في الطلاق لانها هي المحرمة كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك وفي المشبه بها بكون النظر مما لا يحل النظر اليه من المحرمة ما ذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه في اول هذا البحث **قوله** لانهن اي اخته وعمته

على كظهر امي او فرجها او وجهها او رقبتها او نصفها او ثلثها لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

من الرضاع في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله انت علي كظهر عمتك او اختك لان حرمتهن ليست على التابيد بل هو مقيد بانقطاع عصمته لها ثم المراد تابد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التابيد ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التابيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرها لا يقال يرد على اشتراط تابد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى انت علي مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها او بعد التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التابيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها انت علي كظهر امي لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظاهر الظهار فيها باعتبار خصوص وجه شبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال انت علي مثل فلانة ومثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبهها بامرأة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حالة اخرى مثل اخت امرأته ومثل امرأة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان النص ورد في الام وهي محرمة على التابيد وقد علمت ان هذه كنايات فلا تكون ظهارا ولا ايلاء الا بالنية وبين اشتراط تابيد الحرمة بل يشترط الاجماع عليها شرط في النهاية ليخرج ام المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بها لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فمنهم من قال عند ابي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد ينفذ خلافا لابي يوسف فمنهم من قال عند ابي حنيفة وابي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها او لا بل لكونها يسوغ فيها الاجتهاد او لا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع او النص الغير المحتمل للتاويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال لو قبل امرأة او لمسها بشهوة ثم شبه امرأته ببنتها لا يكون مظاهرا عند ابي حنيفة ولا يشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر اختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التابيد كانهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها فان مع حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله عليه السلام لعائشة ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت اختية بنت الفحل من غير التي ارضعت بالالتزام ومثله ما رايت لو شبهها بامرأة الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان ابا يوسف يرى تابد حرمتها لتسويغ الاجتهاد اما ان اراد من ارضعها نفس الفحل بان نزل له لبن فلا اشكال لكنه بعيد من ان يتوهم في اطلاقه فلا تحرم الاختية هناك اصلا وهنا يشكل ما ذكره في الدراية ايضا نقلا عن شرح القدوري زنى ابوه بامرأة او ابنه فشبهها بامها او ابنتها يصير مظاهرا عند ابي يوسف لانه لا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له وعند محمد لا يصير مظاهرا لانه ينفذ حكم الحاكم وهذا مشكل لان غاية الام مزنية الاب او الابن ان يكون كامرأة زوجة الاب والابن ولا تحرم ام زوجة الاب على الابن ولا ام زوجة الابن على الاب فليس التشبيه بها محرمة ولو شبه بظهر ابيه او قريبه او بظهر اجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج ابيه او قريبه قال في المحيط ينبغي ان يكون مظاهرا اذ فرجها في الحرمة كفرج امه وفي كافي الحاكم امرأة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي انت علي كظهر ابي وانا عليك كظهر امك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف عليها كفارة

ولو قال أنت علي مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وإن قال أردت الظهار فهو ظهار لأنه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكأنه قال أنت علي حرام ونوى الطلاق وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى وإن عنى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين وعند محمد ظهار لأن كاف التشبيه تختص به ولو قال أنت علي حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى لأنه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف إيلاء وعلى قول محمد ظهار

يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار وقال محمد ليس بشيء وهو الصحيح وفي شرح المختار حكى خلاف أبي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي الينابيع والروضة كالأول قال هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهرا منهما

قوله ولو قال أنت علي مثل أمي الخ هنا ثلاث ألفاظ أنت أمي مثل أمي كأمي حرام كظهر أمي ففي أنت أمي لا يكون مظاهرا وينبغي أن يكون مكروها فقد صرحوا بأن قوله لزوجته يا أخية مكروه وفيه حديث رواه أبو داود عن أبي تميمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته يا أخية فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل أن معنى النهي هو أنه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لأمكن أن يقال هو ظهار لأن التشبيه في أنت أمي أقوى منه مع ذكر الأداة ولفظ أخية في يا أخية استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم أنه لا بد في كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ومثله أن يقول لها يا بنتي أو يا أختي ونحوه وفي مثل أمي أو كأمي ينوي فإن نوى الطلاق وقع بائنا كقوله أنت علي حرام وإن نوى الكرامة والظهار فكما نوى لأنها في الكنايات وإنما هو كناية في الظهار فعلم أن صريحه يكون التشبيه بعضو وإن لم تكن له نية فليس بشيء عندهما وهو ظهار عند محمد وجه قوله أن المعنى الحقيقي لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير أنه عدل عنه فيما إذا كان له نية شيء يصح إرادته من اللفظ إلى ذلك المنوي تصحيحا للإرادة وحمل على معنى عندي في الكرامة وذلك لأن المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كأمي فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه ولهما أن معنى كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بل إذا كان التشبيه به ابتداء ففيما إذا كان التشبيه بكلها يبقى مجملا في حق جهة التشبيه فلم يتبين مراد مخصوص فلا يحكم بشيء خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز إلزام المسلم المعصية من غير قصد إليها ولا لفظ صريح فيها وبالكل صون تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه وإن نوى به التحريم لا غير فالمصحح فيه خلافا فأبينها فلذا غيره فعند محمد ظهار لأنه بكاف التشبيه أي أداته فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا أنه حقيقة وقد نوى ما لا ينافيه فإن الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوي في ضمن المعنى الحقيقي للكلام وعند أبي يوسف إيلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل بل فيبقى الثابت به لا يتعدى المنوي وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الإيلاء ولأن الإيلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم أما أخرابا لسبب فنفسه وهو الظهار كبيرة محرمة والإيلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترن به أما الحكم فالكفارة فيه أغلظ من حيث قدر بالإطعام والصيام فيه بستين مسكينا ويوما والأمور الآخر هي أن حرمتها في الإيلاء لا يثبت في الحال فإنه وإن حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت إليه بعد زوج عادت بلا إيلاء في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة إذا وطئ وكان الإيلاء مؤبدا وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتعدى إلى الدواعي ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر أولا ولو طلقها ثلاثا والباقي بحاله يعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر وكذا لو كانت أمة فاشتراها وانفسخ النكاح لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الأصح أنه ظهار عند الكل لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه وفيه نظر لأن هذا إنما ينطبق على قوله أنت علي حرام كأمي وليس الكلام فيه بل في مجرد أنت كأمي وفي أنت علي حرام كأمي فإنما له محتملان الطلاق والظهار لا الإيلاء لتصريحه بالحرمة فأيهما أراد ثبت وإن لم تكن له نية [illegible] المذكور [illegible] لا يختلف في كونه ظهار

ولو قال أنت علي حرام كظهر أمي ونوى به طلاقا أو إيلاء لم يكن إلا ظهارا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما نوى لأن التحريم يحتمل كل ذلك غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولأبي حنيفة رحمه الله أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم إليه **قال** ولا يكون الظهار إلا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولأن الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه ليتوقف بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف إليهن الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لأن الحرمة تثبت في كل واحدة منهن والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه **قوله** والوجهان بيناهما يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين ومن جهة محمد ما ذكره في قوله أنت علي حرام كظهر أمي بخلاف نيته لا يكون إلا ظهارا سواء نوى طلاقا أو إيلاء أو لم ينو شيئا ثم قالا هو على ما نوى ظهارا أو طلاقا أو إيلاء وإن لم يكن له نية فظهار لأن التحريم يحتمل كل ذلك فإذا نوى الطلاق أو الإيلاء يكون قوله بعده كظهر أمي تأكيدا له لا مغيرا إن [illegible] نوى الطلاق لا يكون ظهارا معه لأنه عند محمد يقع بكلمة بائنة حرام لا يمكن إثبات الظهار بعده بكظهر أمي وعند أبي يوسف يكونان جميعا لا بغير [illegible] أو الإيلاء أو باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظ وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لأنه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته كما إذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت أخرى يقع عليها في الأخرى باعترافه وفي المعروفة بصريح اللفظ في القضاء فإنه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لأنه خلاف الظاهر وهذا يقتضي أن وقوع الطلاق والظهار فيما إذا قال عنيت الطلاق عنده إنما هو في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع ما نوى وفي شرح الكنز ولو نوى الإيلاء ينبغي أن يكون إيلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التنافي **قوله** وقد عرف في موضعه يعني المبسوط ولأبي حنيفة أنه أي لفظ كظهر أمي صريح في الظهار فيحكم ولفظ حرام محتمل فيحمل عليه إذا اقترن به **قوله** حتى لو ظاهر من أمته موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح وبه قال الشافعي وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الأمة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا أن [illegible] يتناول فتمسكنا بقوله تعالى من نسائهم والأمة وإن صح إطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الإطلاق لا يستلزم الحقيقة لأن حقيقة إضافة النساء إلى الرجل أو رجال إنما يتحقق مع الزوجات لأنه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه ومرتبة الأمة الموطوءة ليس [illegible] مرادة بالنص بل لأنها بنت موطوءة وطؤها حلالا عند الجمهور وبهذا التقييد عندنا على أنه لو أريد بالنساء هنا ما تصح به الإضافة حتى يشمل الحقيقة من الزوجات والمجاز من الإماء بعموم المجاز لكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الإماء لثبوته في الزوجات أما هنا فلا اتفاق ولا يلزم عندنا أيضا يثبت بطريق الدلالة لأن الأمة ليس في معنى الزوجات لأن الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد والأصل الملك حتى يثبت مع [illegible] في الأمة المجوسية والرضيعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يثبت الحل فيه وإلحاق القياس [illegible] بالتشبيه الذي هو كذلك [illegible] بثبوت التحريم فيه في حق من له حق في الاستمتاع ولا حق للأمة فيه فيبقى ثابتا على أصل القياس ولأن الظهار كان طلاقا فنقل عنه إلى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق في الأمة وليس هذا هو [illegible] **قوله** لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فإن التشبيه إنما انعقد سببا للتحريم حين كان كذبا محضا فلا يترتب [illegible] فليتوقف على الإجازة كما يتوقف النكاح على الإجازة فإن أجازت ظهر أنه كان [illegible] فأجاب عنه بقوله والظهار ليس من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه لأن حكم النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف فلا يثبت الظهار بعد الإجازة بخلاف إعتاق المشتري العبد من غاصب لسيده لأن الإعتاق من حقوق الملك [illegible] يتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه فإذا ثبت بكمال الملك [illegible] **قوله** ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا [illegible] كإضافة الطلاق [illegible] وعليه لكل واحدة كفارة عندنا وعند الشافعي في الجديد [illegible] كفارة واحدة [illegible] وأحمد كفارة واحدة

فصل في الكفارة قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا قال وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك

وروي ذلك عن عمرو وعلي وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الايلاء قلنا الكفارة لرفع الحرمة وهي متعددة بتعدد الظهار وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين او اكثر في مجلس او مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول تاكيدا فيصدق قضاء فيما لا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار فيما بينه وبين الله تعالى وما هو الا تحصيل الحاصل حيث بالاول تثبت الحرمة المؤقتة ببقاء ملك حل المحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع اسباب الحرمة كالمحرم على الصائم بيمينها ولصومه وليمينه وبهذا الايمان سؤال تحصيل الحاصل الا ان يلتزم ان يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في بابه الحدث على ما تقدم في الطهارات **فروع** لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي واحمد كالايلاء وهي رواية البرامكة عن ابي حنيفة والاول رواية الاجل لنا قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم والكافر ليس منا والالحاق بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع جزاء الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من اهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وهو غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على رأيكم اذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة والغاء قيد الايمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كافيا في اخراج المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وما اجيب به من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انها يفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما رتع به من افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها ليتعين احد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة ليقع عبادة وما لا قطع لاذاه والفرق بين الظهار والايلاء على قول ابي حنيفة حيث اجاز ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء امران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا لم يكن ولو ظاهر يوما او شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم ابانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال انت علي كظهر امي في رجب ورمضان كفر في رجب او ظاهر ولو ظاهر ثم جن ثم افاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالاقامة خلافا لاحمد ووجهين للشافعية

فصل في الكفارة قوله عتق رقبة اعتاقا فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى بها الكفارة يتأدى بالموت الموروث لا يجزئه عنها قوله وكذا في الاطعام يعني يجب كونه قبل المسيس كالتحرير والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلله والعقل بها وحاصله عقلي ان الكفارة منهية للتحريم على ايجابها قبل التماس وهذه الكفارة تشملها فيجب كونه قبل التماس فيقدم بما روايته من الحديث الذي تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم للذي وقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلقا من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كله تقييد زيادة على اطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لانه نص قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ثم ... الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ثم اطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلزم اجراء المطلق في الاطعام ...

من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة
وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارنة المعصية يحال به الى سوء اختياره ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين
لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوع احدى اليدين
واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فاتت جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة
المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة
باق فانه اذا صيح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه

بالاطلاق بعدما نص عليه على تكرير القيد مع ان التنصيص غير مكتف بتقييد في التحرير والصوم ... الاطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على ارادة تكرره
مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالنص الاول لو اقتصر عليه سهوا ولتوهم اختصاصه بالاخيرة لو اقتصر عليه سهوا وللتطويل لو اعاده بعدها
فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بانا نمنع ان تخصيصه بالاطلاق بعد تكرير القيد مع اخويه ظاهر في ارادة انفراده
عنهما بمعنى الاطلاق فلا يخرج على القواعد الا ان يتحقق فيها جامع في جميع الاعصار والثابت فيه الآن قولان للشافعي وروايتان عن
احمد لانا نقول الثابت بالنص افتراض الاطعام شرطا لحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه بكونه قبل
المس فيكون زيادة بل اوجبنا ذلك بجزء الواحد والالحاق بالمنصلين في وجوب التقديم لا في اشتراطه في الحل والاصل وان كان الافتراض
فالمتعدي الى الفرع منه الوجوب لا يقال ح يختلف الحكم في الاصل والفرع لانا نقول الوصف الذي به زاد الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان
الحكم هو الايجاب غير انه ان كان ثبوته قطعيا سمي فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتامل وما ذكرنا من عدم اشتراط الحل
واعتبار الاطلاق في ذلك قال ابو حنيفة فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم يستانف ولو قربها في خلال الاطعام لا يستانف لان الله تعالى
قيد الصيام بكونه قبل التماس واطلق في الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهما حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة **قوله** من كل وجه متصل بالمرقوق
فلذا لو اعتق ام ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا وعن ذلك يصح اعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه **قوله** الكفارة حق الله تعالى
المشهور بناء الخلاف على ان المطلق هل يحمل على المقيد ام لا فعنده نعم وعندنا لا الا في حكم واحد في حادثة واحدة لانه يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشيء
لا يكون نفسه مطلوبا اوشاك في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة
بمثلها والكلام في تحقيق هذا الاصل في غير هذا ولو تنزلنا الى اصله لم يلزم من التقييد في الكفارة الا الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو اخف منه ليكون
التقييد فيه بيانا في المطلق وتقريره في الكتاب ان الكفارة وهي الاعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدوه واما فالاعتاق يتعلق به ويتحقق اثره له فهو متعلق
كالزكوة والجواب ان هذا لا يعارض اطلاق النص الا اذا كان مما تقتضيه منه وليس كذلك لجواز ان يأذن الله تعالى في الاحسان بالتمليك تصدقا على الكافر في الامور
الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكوة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على اهل الاديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليهم ان المقصود
منها التقرب الى الله تعالى فلولا ان مقصود القربة على الله تعالى يحصل بذلك لم يشرع اصلا ولا يزيد الفرض على كونه قربة اليه تعالى الا كونه مامورا به ولا تاثير لوصف
المامور به اثر في منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافي معنى القربة ولولا النص الذي يخص الزكوة قلنا بجواز دفعها لفقراء اهل الذمة وهذا لان التقرب يحصل بفعل الاحسان لا
بالخصوص محل فعله وهو انما يستقر لتمكنه من الطاعات بالاسلام شكرا لله تعالى على ما انعم عليه من تخليصه من ربقة الرق فاذا لم يفعل ذلك ثم اختار الدوام على
الكفر فلسوء اختياره على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا ويدخل في الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف في اعتاق المرتدة لانها
لا تقتل واعتاق المستامن الحربي مثله واما الحربي لا يجزيه من الكفارة واعتاق المستامن يجزيه **قوله** ولا تجزئ العمياء الخ الاصل ان يكون المعتق
كامل الرق مقرونا بالنية وجنس ما يبتغى من المنافع بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس
المنفعة يصير الرقبة ناقصة من وجه بخلاف نقصانها فلم تعتبر ما فوات الذات فتبطل الكمال مع انهم اعتبروه في الديات فالزموا بقطع
الابهامين ... تمام الدية ... ثم ما بقي عتق مقطوعها اذا كان الحسن باقيا ... ولو ... فشاوا ... وما خلاه

واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس فصل واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما
شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى
والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما
قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف

اى حق غيرها فيكمن النقصان فى نصيب الساكت فى حق غيرها والكفارة غيرها فلم يجز ولا يخفى ان التعييب بضرورة اقامة المامور به ليس
كالتعييب بصنعه مختارا حتى انه لو قطع عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه فكان المشترك اولى بالاجزاء من العبد المختص بالملك لانه
النصف لا يقدر على عتقه الا بطريق عتق نصفه فحاله اشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال وجوابه ان العتق انما حصل بسبب اقامة الواجب
وهذا القدر كاف فى عدم ما نفيه لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما اطلق له العتق مرة ومرات كان
لا محالة قد حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع ومن هذا البحث بعضهم انه تجب الاجزاء فى الصورتين فان النقص فى الاول ايضا حصل بسبب العتق كالثانية
والتعدد وعدمه سواء لانه نقصان حكمى فيستوى فيه العمد والخطاء ولان الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه فى الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة
الثانية واجاب عن قوله انما يستند فى حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكميا فسواء وجد فى ملكه بين اعتاق نصفه
واعتاق باقيه او فى ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافى كمال الرقبة منع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا يستلزم منافاة الاجزاء
الا اذا كان فى غير ملكه لانه اهدر لحصوله بسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع فى ملك غيره وضمنه كان مشتريا ناقص رقا معنى فعتقه من الكفارة
بخلاف ما اذا وقع فى ملكه حيث يتحقق فيه الاهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم اعتاقه فحيث اهدر كان كانه اعتق نصفه وبعض النصف
الآخر ثم اعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان فى ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فجعل قدر النقصان كانه من الخارج
قوله واعتاق النصف حصل بعده فان قيل كل واحد من الاعتاقين بعد هذا وان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا
من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده ايضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني ويبطل اعتاق ذلك النصف
لان الشرط للحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم بذلك المسيس ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط
حتى يكفى معه عتق النصف لان المجموع ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت
الى ان يوجد الشرط وهو عتق مجموع رقبته قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق معنى الجزاء انه لا يصوم من له خادم يحتاج
المسكن وقال الشافعى رح والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان الماء مامور بامساكه لعطشه دائما
منظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازى فى احكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس اهله بخلاف الخادم وفى الاسبيجابى
يعتبر اليسار والاعسار وقت التكفير اى الاداء وبه قال مالك وقال احمد فى رواية والظاهرية وقت الوجوب وللشافعى اقوال كالقولين وثالثها
تعتبر اغلظ الحالين قوله فكفارته صوم شهرين متتابعين بالاهلة اجزاه وان كانت ثمانية وخمسين يوما وان صامهما بغيرها فلا بد من ستين
يوما حتى لو افطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستيناف قوله فان جامع التى ظاهر منها كونها المظاهر منها قيد فى لزوم الاستقبال على قول
ابى حنيفة فانه لو جامع زوجة اخرى ناسيا لا يستانف عنده ايضا كما لو اكل ناسيا لان حرمة الاكل لجماع انما هو للصوم فلا ينقطع التتابع
ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التى ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على
المسيس شرط فلما جامع ناسيا فى اثنائه بطل حكم الصوم المتقدم فى حق الكفارة على ما ان اعتقنا فى الجماع بعد عتق نصف العبد بسبق
كون المجموع ليس قبل التماس كون السبب النسيان لا اثر له فى نفى هذا الواقع وعدم الافساد والصوم بالنسبة خلاف القياس فتقييد بالبلا

بيان أمثاله ... عليه ما بعد ... استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة ولا يجزئ العبد في الكفارة إلا الصوم لأنه لا ملك له فلم يكن
من أهل التكفير بالمال وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكينا
لقوله تعالى فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير أو قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث
أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أو قيمة ذلك
مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة فإن أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود إذ الجنس متحد وإن أمر غيره أن يطعم
عنه من ظهاره ففعل أجزأه لأنه استقراض معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه

يكون عائدا ليس بتبديل جماعها فيها عامدا أو ناسيا سواء إلا أن الخلاف في وطء لا يفسد الصوم **قوله** وإن أفطر منها يوما بعذر كمرض أو سفر لزم
الاستقبال بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض في كفارة القتل والفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض لو أفطرت يوما قبل انقضائها بما
الاستئناف لأنها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا
لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين فإنها تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها **قوله**
لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا تمليكا وقوله تعليلا لقوله وإن أطعم المولى عنه أو أعتق فأفاد أن معناه أنه ملكه وأمره أن يعتق ويطعم ليكون
هو المكفر إذ لا بد من الاختيار ... أو ... وأن العبد أمره ففعل ذلك فإنه يتضمن تمليكه ثم إعتاقه عنه وإطعامه
واعلم أن للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات إلا كفارة الظهار لأنها يتعلق بها حق الزوجة **قوله** وإذا لم يستطع
الصيام لمرض لا يرجى زواله أو كبر **قوله** أو قيمة ذلك أي من غير ما نص عليه فلو دفع منصوصا عن منصوص آخر بطريق
القيمة لم يجز إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا مثاله لو دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمة نصف صاع بر أو صاعا من البر أو أقل من نصف
صاع بر من صاع تمر قيمته لم يجز فلو كان التمر صاعا ونحوه من نصف صاع بر جاز وهذا لأن الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ولو
جاز ذلك في الأفراد لزم إبطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ثم إذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من
ذلك الجنس الذي دفعه لهم فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف في غيرهم فإن قيل لو كسى عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الإطعام جاز منه
إذا كانت قيمته تصيب كل منهم قيمة الإطعام مع أن كلا منهما منصوص عليه قلت المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير أنها لا تتحقق إلا بالثوب فلما لم
يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة أعني الكسوة أصلا إلا أنه فاعل لها بطريق القيمة من منصوص آخر
إذ لا كسوة إلا بثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص **قوله** في حديث أوس
بن الصامت وسهل بن صخر وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبراني في حديث أوس بن
الصامت قال فأطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا أملك ذلك إلا أن تعينني فأعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر
صاعا وأعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه أنه كان برا لأن التمر والشعير يجزي منه صاع وقدمنا عن أبي داود من طريق ابن إسحق
عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث أوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فإني سأعينه بعرق
من تمر قالت يا رسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال أحسنت قال فيه والعرق ستون صاعا وأخرج الحديث أيضا عنه بهذا الإسناد
إلا أنه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم يحتج إلى معاونتها إياه بعرق آخر في الكفارة وأخرج أبو داود عن
أبي سلمة بن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة في أنه كان المخرج تمرا وبها والله تعالى أعلم وأما الذي في
حديث سلمة بن صخر البياضي قال فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام قال فانطلق إلى
صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها الحديث أخرجه أحمد وأبو داود وغيرهما فما أثبتناه
في صدقة الفطر من أن الواجب من البر نصف صاع إذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة **قوله** لأن الجنس متحد وهو نفس

قليلا كان ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة
ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان
فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام
وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزأه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم
فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد
بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

هذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاق نصفي عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول ابي حنيفة فان الجنس وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر هو ان المامور به اعتاق رقبة ونصفا رقبتين ليسا رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيما لا يمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعا **قوله** فان غداهم وعشاهم جاز اعتبر الكتان شبعتان الخبز غير ما دوم الكل الخبز فيجوز في سائر الكفارات ككفارة الصوم والفطر واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانا غداءين او عشاءين او غداء وعشاء او عشاء وسحورا وقد يكون او عشائين بعد اتحاد الستين ولو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع من ابي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة اربعة ارغفة او ثلثة فشبعوا اجزأهم وان لم يبلغ ذلك الاصاع او نصف صاع فان كان احدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر شبعا عشرة وهو لم يشبعهم بل شبع التسعة **قوله** وهو حقيقة في التمكين من الطعم لا يقال الاتفاق في مسئلة جواز التمليك فلو كانت الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا بينهما معا او في حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الشتم والضرب مع التأفيف كذا هذا فالنص يعنى دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الاكل يجوز فانه يدفع حاجة الاكل وغيره **قوله** وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزأه وقال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب احمد لا يجزيه وهو قول اكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وبتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز والجواب اشد موافقة لهذا الاصل وكذا قالوا في المسئلة الآتية من قريب وهي ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله من وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع جمرة واحدة تحتسب من واحدة مع ان تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزاما لعدد المساكين ستين فالنص على العدد اولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان تتكرر الحاجة بتكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما وتمامه موقوف على ان ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة او حكما ولا يخفى انه مجاز فلا يصار اليه الا بموجب فان قلت الموجب الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو قلت هو الحاجة لكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو اعم من كونها حاجات ستين او حاجات واحد اذا تحقق محمولا الا ان الظاهر انما هو عدد معدود ذوات المساكين مع خفية ان العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء **قوله** وهذا اي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قيل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان اطعام الطاعم اما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد فقد قيل لا يجوز الا عن يومه وذلك هو الصحيح لان الجواز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه كاطعام الطاعم فلا يجوز كما لا يجوز لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع من كفارة اخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليها فان قيل لو كسى مسكينا واحدا عشرة اثواب في عشرة ايام حيث يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف احوال الناس فلا يمكن تعليق الحكم في الثوب

وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر
على الاعتاق او الصيام فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه
الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزأه عنهما له ان بالمؤدى وفاء
بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما اذا اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية
والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية
في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين
مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء

بقية الحاجة اليه اذ قيم معنى الزمان مقامها لانها تتجدد وادنى ذلك يوم لتجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئه
لان التمليك لما اقيم مقام حقيقة الاطعام وخرج من ذلك نظر اليه من حيث انه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان
المدفوع الاول بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو الكائن بالنسبة الى دفع آخر وكفارة اخرى ومن هنا اعني لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة
لهذا الحال قيل ما سطرناه يشعر اختيار المصنف بعد حكاية القولين حيث وجه هذا القول باختياره الاول الا ان الاول هو الاوجه وحاصل جوابه منع كون التمليك
لما اقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما اقيم مقام الشيء اعتبرت فيه احكام ذلك
الشيء واما بعده فعدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع انه معنى معارض لمعنى
آخر هو ما ذكرناه **قوله** وان قرب التي الخ الحاصل انه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربها في خلاله لم يستأنف لانه تعالى ما شرط
فيه ان يكون قبل المسيس ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثة واحدة بعد ان يكونا حكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم
وقوع الكفارة بعد التماس بيانه انه لو قدر على العتق او الصيام في خلال الاطعام او قبله لزمه التكفير بالعتق ورعليه فلو جوز للعاجز
عنهما المسيس قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم ان يقع العتق بعد التماس والمفضي الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان
القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله امر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل
يثبت الاستحباب ورعا فالاولى الاستدلال بما ذكرنا اول الفصل من النص ولا يعلل بما ذكر **قوله** لمعنى في غيره هو توهم القدرة على
العتق او الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام تخلل الوطء **قوله** عن ظهارين سواء كانا من امرأة او امرأتين **قوله** له
الخ حاصل الوجه انه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضي للاجزاء عنهما صرف الملكية لسد تجزي من كفارتين الى
المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيثبت حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضي وانما يكون مقتضيا لو كانت تلك النية معتبرة
لكنها في الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس
الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا يعتبر فبقي نية مطلق الظهار وبمجردها لا يلزم اكثر من واحد وكون المدفوع لكل
مسكين اكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع ادنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع
او كانا جنسين وقد يقال اعتبارا للحاجة الى التمييز هو محتاج اليه في اشخاص الجنس الواحد كما في الاجناس وقد ظهر اثر هذا الاعتبار فيما
مررنا من انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه مع نية التعيين ولم يطأ حتى تحل له التي عينها دون الاخرى فلو انه ظاهر منهما فاعتق
ثم تعين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب فهنا ايضا يجب ان يلغو الثبوت بالعرض الصحيح
في نية الظهارين وهو حلهما معا حيث يحل ما حبله او عاد ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلهما في الاطعام مائة
وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق ولهذا يصير حاصل الجواب تسليم وجود المقتضي وادعاء المانع وهو رجوع انقطاع عن الكلام
الاول وقد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار ستين مائة وعشرين بالنظر الى كفارتين
ليس بابعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة وباعتبار تجدد الحاجة بالاتفاق على ان ذلك نية الواحد مستهلكة

قال إذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن

لغيره ويكونها إذا لعنه الناس كثيرا قال الحنيف أكرمه فإن سمية حق ولا لك لغة للمنزل وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة سمي ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة تسمية للكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب وهو أيضا موجود فيها لأنه في كلامها وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سيذكر وسببه قذف زوجته بما يوجب الحد في الأجنبية وركنه ذلك المخصوص وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتي وأهله من كان أهلا للشهادة **قوله** إذا قذف الرجل امرأته بالزنا بأن يقول أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يا زانية هذا مذهب الجمهور وعند المشهور من مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتي ويحيى بن سعيد وأشعث بأن الكل رمي بالزنا وهو سبب بلا فرق **قوله** وهما من أهل الشهادة أي من أهل أدائها من المسلم فلا يجري اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا إذا كان أحدهما مملوكا أو صبيا أو مجنونا أو محدودا في قذف وأورد أنه يجري بين الأعميين والفاسقين مع أنه لا أداء لها وأجيب بأنهما من أهله إلا أنه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الأعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على أن يفصل بين نفسه وبين زوجته فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله أن الأعمى لا يلاعن **قوله** ممن يحد قاذفها فلو كانت لا يحد قاذفها بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد وليس له أب معروف أو زنت في عمرها ولو مرة أو وطئت حراما بالشبهة ولو مرة لا يجري اللعان وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل أيضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجب اللعان أيضا وإن كان ممن يحد قاذفها وأجاب في النهاية بأن اللعان في حقها قائم مقام حد القذف فلا بد من إحصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم إحصانها قذفها لا يكون موجبا للحد فلا يكون موجبا للعان وأما قذف الرجل عند عدم إحصانه فموجب لما هو الأصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم إحصانه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه إذا لحد أصل اللعان فكان في معنى اللعان قال في شرح الكنز هذا غلط فاحش لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة والشهادة لا تقبل من المحدود في القذف وإنما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لأن حد القذف لا يجب إلا إذا كان المقذوف عفيفا من الزنا فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها ولهذا كان شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد وإذا لم تكن ممن يحد قاذفها لا تطالبه بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى يقتضي اشتراطه والحاصل أن المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلاف الرجل فإنه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه **قوله** والأصل أي الأصل في اشتراط أهلية الشهادة فيهما واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها أن اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة فإنه قائم مقام حد القذف في حقه ولهذا أي ولكونه قائما مقام حد القذف لما قلنا لذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها إن كان صادقا **قوله** عندنا تقييد بالظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعي اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات وهو الظاهر من أقوال مالك وأحمد من كان أهلا لليمين عنده ممن يملك الطلاق فكل من يملكه فهو أهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وإن كان كافرا وعبدا فهو قول مالك وجه قولنا قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين ألا ترى أنه لو قال أشهد ينوي اليمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لأن حمله على حقيقته متعذر لأن المعهود في الشرع عدم قبول شهادة

فصار مقام حد القذف في حقه وهو مقام ... [illegible] ... كالاستشهاد ... [illegible]

فشهادة احدهم اربع شهادات بالله تقتضي ... الشهادة المؤكدة باليمين ... [illegible] ... مقام

مقام حد القذف في جانبه ... وهو قائم مقام حد الزنا ... [illegible] ... من اهل الشهادة ... [illegible]

... [illegible] ... نفي الولد لانه ... [illegible]

... [illegible] ...

الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فانه معهود في القسامة ولان الشهادة محلها الاثبات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهما بامر واحد فوجب العمل بحقيقة احدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما علمت من الموجبين المذكورين فهذا التقرير يقتضي منه حل مذهبه ان يقال ايمان مؤكدة بالايمان مؤكدة بالشهادة ولنا الآية المحكمة والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم اثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفي اثبات وذكر الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون ازواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له اصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازي لها فلو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وقد وجد صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله فقبول الشهادة لنفسه ذكر بالواو لا معهود به قلنا وكل من حلف لغيره والحلف كان الحكم لا معهود به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيف ما اراد مشروعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له ايضا مشروعية ذلك ابتداء ثم هما قرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل زيادة لا محالة ... من اقامة شهود الزنا وهم اربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولهذا يثبت عند عدمها اعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو فغير بعيد ان يشرع عند ضعفها بواسطة تاكيد باليمين والزام اللعنة والغضب ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب الشهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما هو الثابت بالايمان هو اندفاع موجب دعوى كل من الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بها لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما واما قوله اليمين للنفي الخ فمدفوع فانها اذا وقعت في الانكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بنفي او اثبات وهذا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على امر واحد بخبر به فانه هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن احدهما مؤكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط اهلية الشهادة وعدمها

قوله قائمة مقام حد القذف في حقه اي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا الا يرى انه لو قذف بكلمة او بكلمات اربع زوجات له بالزنى لا يجري بلعان واحد لهن بل لا بد من ان يلاعن كل منهن على حدة ولو كن اجنبيات فقذفهن حد حدا واحدا لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة وتتعذر اجتماع الكل في كلمة قوله ويجب بنفي الولد مع اعم من كونه منهما او ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية او نفي نسب ولدها المولود على فراشه لا يقيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره من ابيه المعروف يكون قاذفا لها كما لو نفاه عنه ايضا فيكون موجبه اللعان لما قلنا كذا في شرح الكنز قوله ولا يعتبر احتمال الخ جواب عن مقدر تقديره ان النفي ليس بقذف لما يحتمل كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا اجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب فانه ان ما يثبت من الوطء بالشبهة لكن لا ... ثبوته الا من ... [illegible] ... فاذ انفاه منه مع عدم ثبوته من غيره ... [illegible]

ويطلبه ... لا يمكنها الا بعد طلبها كما في سائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه

تقذفها لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر من غيره زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبته الى الزنا ثم شبهه بما اذا نفى اجنبي نسبه من ابيه المعروف يعني فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعي ثم قال واجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الذي ولدته من زوجك لا يصير قاذفا ما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قال الشافعي الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يقربها وقد جاءت به ولا يدري من اين هو يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابها المصرح في الهداية وليس يجب من صاحب الدراية حيث قال في تقرير قوله في الكتاب ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي اجنبي نسبه من ابيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية ثم اورد صورة الاجنبية مقيسا عليه فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم ينبه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية وقوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرها وما في كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع لشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي ان يكون كذلك في نفي نسب ولد من زوجته اجيب عنه بانا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بيناها قلت وسيأتي ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنى بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررنا فانه يستلزمه قوله وانه يشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه اي اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلبها ايضا لا الى نفي من ليس له عنه قوله فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن او اكذب نفسه فيحد وعند الشافعي رحمه الله اذا امتنع حده حد القذف وكذا اذا لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن او تصدقه وبه تقع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا اكذب كل الآخر فيما ادعاه فالاولى ... القذف فتصديقه تكاذب فالتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع السبب فهذا اذا اعترفت بالقذف ولو انكر فاقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفي الجامع لو مات الشاهدان وغابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى بخلاف ما لو عميا او فسقا او ارتدا حيث يلاعن بينهما وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فيحد فهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وباربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان قطع النسب انما ثبت حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدق ان في ابطاله ووجه قول الشافعي رضي الله عنه ان الواجب بالقذف مطلقا الحد بعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم الا انه يتمكن من دفعه عنه اذا لاعن المقذوفة زوجته باللعان فتعين عليه فاذا لم يدفعه به يحد وشرع في المرأة اذا لاعن

وان كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد
قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان
لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

بعد ما اوجب الزوج عليها اللعان بلعانه فاذا امتنعت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرؤ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله
ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الى قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله جعل الواجب شهادة احدهم وقد عرف
ان خبر المبتدأ يجوز ان يجيء بعد المبتدأ كثيرا فافاد ان الواجب في قذف الازواج اللعان فاما ان يكون ناسخا او مخصصا لعموم ذلك العام
لا جائز ان يكون بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الحكم الثابت في قذف الزوجات انما هو هذا فلا يجب غيره الا بتقرر من ايتائه
بل يحبس فانه كما في كل حق امتنع من هو عليه من ايفائه يحبس حتى يوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام
وهو نص اول والعمل به تأخر على ما روي انه صلعم قال للذي قذف امرأته ائت باربعة شهداء والا فحد في ظهرك فنزلت آية اللعان
ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحد بجواز كونه الحبس اذا قام الدليل على ان اللعان هو الواجب وجب حمله عليه قيل والعجب
من الشافعي رضي الله عنه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان
عبدا فاسقا [illegible] انه يمين [illegible] الايجاب المالي [illegible] واستشهد به كل من الرجل
والمرأة به الحد عن نفسه وما وجب به [illegible] وحق المرأة فان قال انما وجب عليها لنكولها [illegible]
اللعان قلنا هو ايضا من ذلك العجيب كون النكول [illegible] شبهة والحد [illegible] ما يكون بمنزلة
الاقرار مرة ثم ان [illegible] الشبهة [illegible] ايجاب المال [illegible] الشبهة [illegible]
الحد [illegible] ولو شهد الزوج وثلاثة [illegible] امرأته بالزنا جازت شهادتهم [illegible] ان كان
الزوج قذف [illegible] قوله او كافرا [illegible] وهو [illegible] الحر [illegible]
[illegible] قوله فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات [illegible]
الحد لا التعزير في [illegible] يكون الموجب [illegible] النص [illegible] ان يشتغل باللعان كما قال الشافعي رحمه الله
[illegible] من ثبوت [illegible] في قذف الازواج [illegible] ارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير [illegible]
الى غيره [illegible] الحد [illegible] من كان من اهل الشهادة من الازواج [illegible] كل
زوج لان [illegible] الناسخ [illegible] شهداء الا انفسهم [illegible] العام موجبا [illegible] لم يكن
اهلا [illegible] قوله وان كان اي الزوج من اهل الشهادة [illegible] من اهل [illegible]
قذف [illegible] الحد واللعان وهو ظاهر [illegible] من اهل الشهادة
بان تكون [illegible] محدودة في قذف [illegible] امتناع اللعان [illegible] امتناع الحد [illegible]
[illegible] امتناع اللعان من جهة الزوج لم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج [illegible] اللعان [illegible] الشهادة [illegible]
[illegible] الموجب [illegible] الشهادة [illegible]
[illegible] قوله [illegible]

وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا

عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك واخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب به سندا الى الطريق الاول ايضا وقال وتابعه يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو ايضا ضعيف وروي عن الاوزاعي وابن جريج وهما امامان عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم اخرجه كذلك موقوفا ثم اخرج عن حماد بن مطر عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وانت علمت ان الضعيف اذا تعددت طرقه كانت حجة فهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد بروايتي الامامين اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على ان معنى الحديث المذكور ما يدل عليه آية اللعان على التقدير الذي ذكرناه من انها شهادات الخ قوله ولو كانا محدودين فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا او محدودا وهي محدودة فعليه الحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين او مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجب الحد بخلاف قذف المحدودة اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها اجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة والامة اجنبي لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين او مجنونين وعند الشافعي رحمه الله وغيره يلاعن في الكل لان كل من هو من اهل اليمين فهو اهل للشهادة وكان الامر بخلاف ما يحصل عليه كما ان امتناعه يجيء من جهة كذلك هو ليس من جهتها فكان ينبغي ان لا يحد حتى يتبين ان ينتفي اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فينبغي سقوط الحد الا كما في الحد اذ لا يوجبه وهو متمكن فيه اللعان اي كان اهلا للشهادة وهو اهل للحد ان لم يكن وعدم اهليتها مانع ولا اعتبار للمانع الا بعد وجود المقتضي لان تحقق المانعية يتحقق بذلك وحقيقة نسبته الى المقتضي بالمنع ولا وجود للمقتضي اللعان فلا يعتبر المانعية من جهتها اللعان وللزوج يسقط بما من جهتها بما حيث لا اللعان وان لم يعتبر الامتناع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا في قذف الزوج موجب الحد قوله وصفة اللعان الخ ظاهر في كيفيته كذلك حتى لو اخطأ القاضي فبدأ بها قبله ينبغي ان يعيد وقال الشافعي فيه اجماعا والله اعلم واشبه من المالكية ذلك للبداءة فينبغي ان يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج ولا يصح الا بعد شهادته والشافعي يقيس شهادة المحدود في باب الدعوى ثم شهادة الخصم على ما يليق المدفع كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد ولانه خطأ في ان اللعان يمين او شهادة وترتيب حسب الشرع شرط والاخرى كتمام النتيجة وفي الدوام لما علمت بشهادة لزوم الاقدام وكذا قال الشافعي وجه البداية بالمرأة الى بينها لكن الشرع بدأ بالزوج فلا يجب اعادته وبه قال مالك في الصحيح وهو الاولى ان لعانها يدرأ العذاب عنها وهو ما لم يشهد الزوج لا يجب عليها العذاب ولا حد عليها الا بعد شهادته على ان ما ذكره من سقوط الحد عنه بشهادتها لا يمنع الاعتداد بها لا شك ان سقوط بشهادتها صح فصل الا اذا قلنا انه تفريق قبل تمام اللعان فلا يعتد به لكن هو الاول والذي في الكتاب والقول الآخر وهو قول الاول او لا وهو الظاهر

لانه انقطع الاحتمال وتوجيه ما ذكر في الكتاب ان تفنية المقابلة اذا اقتضت الانقسام الآحاد على الآحاد القطع لا يحتمل قال واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه ما روي ان عويمرا العجلاني قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلاثا قاله حين فرغا من اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

اللعان اولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل ان اتزوجك او قذفت قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله وعندنا في خزانة الاكمل من انه يلاعن منه قوله زنيت قبل ان اتزوجك يحد منه قوله قذفتك قبل ان اتزوجك او قذفتها ثم زنت او وطئت بشبهة لا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردته ولو اسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم ابانها يسقط اللعان ولو كذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد اللعان **قوله** لانه انقطع الاحتمال لاحتمال ان يصير مرجع الضمير الغائب هو غيرها بخلاف الخطاب ويقول هي ايضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا فالاولى ان يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التعن **قوله** اذا انضمت اليه الاشارة يعني تنقطع احتمال ضمير الغائب لان المراد ان انقطاع الاحتمال بشرط اجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها **قوله** لا تقع الفرقة حتى لو مات احدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر ولو زالت اهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بان اكذب نفسه او قذف احدهما انسانا فحد للقذف او وطئت هي وطئا حراما او خرس احدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عوده للاحسان ولو ظاهر منها في هذه الحالة او طلقها او آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطئها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثنتا ثنتا خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر ومع الائمة لا ينفذ **قوله** بالحديث يشير الى حديث المتلاعنان لا يجتمعان ابدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ الاشتقاق علة له وسيأتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا يستلزم وقوع الفرقة بمجرد لعان الزوج قبل لعان المرأة لانه يلزم ان لا تلاعن المرأة اصلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروي زفر انما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان احدهما وهذا لان حقيقة حال تلاعنهما باللعان هو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذر ارادتها واقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير فصل فاعتبرناه وهو قولنا وليس يلزم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكره من المعنى وهو انه لا يتفقان بعد اللعن فليس يقطع في ذلك بل الظاهر انه يوجد الاتفاق بعد غاية العداوة كما يوجد بعد غاية العداوة ولو كان ظاهرا لم يستلزم وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فات الامساك بمعروف فيتعين التسريح باحسان كما قلنا اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها لا تطلق الا بعد امر القاضي بالتكفير الا ان النظر هنا لا ينتهي بكل من الامرين بل بامر واحد هو الطلاق فيتعين امره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لرفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين من ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما والحق الولد بامها واخرجاه ايضا من حديث عويمر العجلاني لما فرغ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل ان يأمره صلى الله عليه وسلم هو الذي عني ... قوله صلى الله عليه وسلم لذلكما المتلاعنين ... ولكن الصياغ ... ان المفارق هو الرجل نفسه وكذبت ... قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه ابو داود وقال فيه فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا ...

وهو خاطب اذا اكذب نفسه عند محمد وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما
ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان

بان اللعان فرقة قضاء لكن شرط اللعان في الملاعنة ... ولم يشرطا وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي
تفريق حكم لا الفرقة الزوجية قال الزهري رحمه الله وكان ذلك سنة المتلاعنين اي الفرقة قال البيهقي رحمه الله والذي يدل على ذلك
ما اخرجه ابو داود رحمه الله في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة هلال بن امية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من اجل انهما يتفرقان بغير طلاق ولا متوفى عنها واجيب بانه لو وقع الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه صلى الله
عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله قال
يا رسول الله مالي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها
فدل تقريره صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من اجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال
ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم نرع فيه انه محرم حتى تكون ترك الانكار حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات
اليه ويجاب بانه يستلزم مفسدة ح لان السكوت يفيد تقريره بانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى الحكم
لانه يفيد تقريره وتوهم انه ان فيستلزم فيما فرض عدم طلاقها وتاخيره الطلاق حتى اعترض موت احدهما او تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق
القاضي لو اعتقدنا خلافه مستقبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان
قيل في المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسير جدا اذ الفرض بحضرة الفراغ عندنا يامره القاضي ان يطلق وان ابى طلق هو ولم يثبت
في شرعنا ان تعتد المرأة في مثلها ولا يجوز لانه ترك بيان حكم وليس بمشروع وايضا فحديث ابن عمر قاله قال فيه فانفذه رسول الله صلى الله
عليه وسلم يعني امضاه وذلك الطلاق وفيه حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع او يقع واحدة فهو اولى من حديث ابن عباس
رضي الله عنه لانه رفع امضاه وحكم بالطلاق وذلك انما يكون بعلم باعتبار ذلك منه عليه السلام قوله وهو خاطب اي يحل اذا اكذب نفسه
بعد اللعان والتفريق حدا ولم يحدها رجل ان يتزوجها خلافا لابي يوسف ولو اكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد كذا
في الغاية ولو اكذب نفسه قبل اللعان فان طلقها قبل بالاكذاب حد ايضا وان لاعنها ثم اكذب نفسه فلا حد عليه لان اللعان اثره التفريق
فيه ولا يأتي بعد البينونة اي يسقط بالابانة وهو لا يصح بدون كلمة لا يجب الحد لان ... موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد
لا يوجب حدين بخلاف الكاذب نفسه بعد اللعان لان الحد بالقذف الذي تضمنته كلمات اللعان لا القذف فلا على انه حكمه من اللعان كما يحد شهود الزنا اذا رجعوا
بالفسخ وتم نسبته الى الزنا وعلى هذا لو قال يا زانية انت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهي زوجة ثم بانت
ولو قال انت طالق ثلاثا يا زانية حد وكما تحل له بالكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا اجنبيا بعده فحدت او قذفت
اجنبيا فحد او زنت او ارتد احدهما حتى خرج بذلك احدهما من ان يكون اهلا للشهادة لارتفاع السبب الذي لاجله افترقا
المتلاعنان وهو عدم الاهلية كما بالاكذاب لانه يكمل اللعان فان قذفها مرة اخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة في العمر ويخلو القذف
عن الموجب في الدنيا بخروج احدهما عن الاهلية ويرتفع الامن عن ذلك وقال ابو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان
ابدا فثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة فاذا كانت حرمة مؤبدة فلا يكون طلاقا بل فسخا وفرقة

ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد
ويقول في الخامسة ... ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه ...

على قول ابي يوسف رحمه الله ان لا يتوقف على تفريق القاضي لان الحرمة ثابتة قبل التفريق وكذا الخلاف في كون الزوجية قامت حكما يكون بائنا
او زالت فاذا فرض ان هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة فتم تصور توقفها على تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب
وروى الدارقطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لا يجتمعان ابدا وقد طعن الشيخ
ابو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح اسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم انه لا يفترقان بمجرد
اللعان بل بالتفريق فهو حجة على الشافعي على مقتضى زاعمه واخرجه الدارقطني ايضا موقوفا على علي وابن مسعود قالا مضت السنة وروى عبد الرزاق
عن عمر وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وروى ابن ابي شيبة موقوفا على عمر بن عمر وان مسعود اجاب العلم بقوله ولا يجتمعان ما داما
متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعني ان الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصف الموضوع وهي القضية المسماة بالمشروطة
ولم يبقيا بعد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكمه بالاكذاب بنفسه لثبوت النسب ان كان القذف بنفي الولد
ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت
نقيضه وهو حل الاجتماع وهذا بناء على ان المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم كما قدمناه من ان ادعينا باعتبار قيام التلاعن
حقيقة متعذر ولا شك انه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير ان يراد من وجد بينهما لعان في الخارج وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الاكذاب
اذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره كما اشار عند الاكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن يبقى النظر في اي الاعتبارين
ارجح والظن ان الثاني اسبق الى الفهم والله اعلم واما ما استدل به من المعنى وهو لزوم المعاداة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام
المقصود منه وما ذكره بعضهم من ان سبب تأبيد الحرمة كون احدهما صار ملعونا او مغضوبا عليه مما يبعده عن النعمة اذ لا شك في تبادر
السلام كل منهما غير انه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح **قوله** ولو كان القذف بولد نفى
القاضي نسبه والحقه بامه شرط هذا الحكم بان يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان حتى لو علق وهي كافرة او امة ثم اعتقت واسلمت
فنفى نسب ولدها لا ينتفي ولا يلاعن لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ولان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه
فلا ينقطع والله اعلم وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومن لا يولد له ولهذا انه لا يلحق به الولد وفيه نظر لان المجبوب
ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد وعند الشافعي يجب ولاحد عليها التكذيب
اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند ابي يوسف فيها الحد واللعان لانه يلحقها بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها
ولم يلتعنا حتى قذفها اجنبي به فحد الاجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه **قوله** وصورة اللعان
اي في القذف بنفي الولد **قوله** لما روي انه عليه السلام نفى نسب ولد امرأة هلال قيل غلط فانه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفي
ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذي اتت به فانما حملت من الوطء الذي قذفها به والحديث في البخاري وابي داود ويختلف الفاظها عن
ابن عباس قال جاء هلال بن امية من ارضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فرأى بعينيه وسمع باذنيه فلم يهجه حتى اصبح ثم
غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني جئت اهلي عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت باذني

بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده

فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الآية فسري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت ارجو ذلك من ربي تعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فجاءت فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرهما واخبرهما ان عذاب الآخرة اشد من عذاب الدنيا وقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كان الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم قيل لها اشهدي فشهدت اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا افضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وقضى ان لا بيت لها عليه ولا قوت من اجل انهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال عليه السلام ان جاءت به اصيهب اريصح اثيبج ناتي الثبج حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجاءت به اورق الى آخر الاوصاف الثانية فقال عليه السلام لولا الايمان لكان لي ولها شأن قال عكرمة فكان ولدها بعد ذلك اميرا على مصر وما يدعى لاب هذه في لفظ ابي داود وفي رواية اخرى سائر اليوم لا افضح قومي وفي مسلم والنسائي عن انس ان هلال بن امية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان اخا البراء بن مالك لامه وكان اول رجل لاعن في الاسلام فقال صلى الله عليه وسلم انظروها فان جاءت به ابيض سبطا قضيء العينين فهو لهلال بن امية وان جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فانبئت انها جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهذا وما قبله يدل على انها كانت حاملا وقطع نسب الولد التي تأتي به وفي سنن النسائي ايضا عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته وكانت حبلى واخرج عبد الرزاق هكذا ايضا وقال زوجها ما قربتها منذ عفار النخل قال ابن عباس انها كانت لتسقي بعد الآبار بشهرين فقال عليه السلام اللهم بين فجاءت بولد على الوجه المكروه وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهدت عويمر بن الحارث العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وانكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرأيتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر ثم ولدت فالحق الولد بالمرأة وجاءت به اشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم عليها الا خيرا فلما جاء اشبه بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت امه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي وحدثني غير الضحاك بن عثمان ان عويمرا انساق الحديث الى ان قال ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك بن سحماء وشهد عويمر بن الحارث وشريك بن السحماء احدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسبته في قصة هلال الى شريك ايضا في قصة عويمر قيل فيجمع بينهما بانهما واقعتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين ايضا عن ابن عباس في قصة هلال قال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عندها فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان

فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه وحل له أن يتزوجها وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك إن قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا إذا زنت فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جهتها وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم أهلية الشهادة وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكره في الأصل لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا إذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال إن كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا

بينهما كان بعد الوضع وفي ما تقدم خلافه وهذا التعارض قوله فيتضمنه القضاء الخ اي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق قوله وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق الخ اي لا يثبت قطع النسب عنده بالتفريق لانه اي التفريق باللعان قوله لانه ينفك عنه اي قد ينفك نفي الولد كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى نسب الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به قوله فلا بد من ذكره حتى لو لم يقل لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة رضي الله عنه هذا سهو ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت ولده منه ولو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الى اثبات النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فاكذب الملاعن نفسه يثبت عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس له ان ابن الابن يعير بانتفاء نسب امه كابيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها قوله فان عاد الزوج فاكذب نفسه اي بعد اللعان ونفي الولد قوله وهذا عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد على ما سبق قوله وكذلك ان قذف غيره الخ على وزان ما ذكرنا في زوال الاهلية بعد اللعان فالقذف بمجرده والزنا قوله وكذا اذا زنت فحدت قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا تبقى محلا للزوج بل المراد ان تزني تخرج من الاهلية ولذا اطلقنا فيما قدمنا ومنهم من غلط بتشديد النون يعني نسبت غيرها الى الزنا وهو معنى القذف فيستقيم توقف حلها الاول على حدها لانه حد القذف ووجه تخفيفها ان يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال اهلية الشهادة بطريان الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي منها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبطل ثمرته من الحرمة قوله ولو قذفها وهي صغيرة او مجنونة قذفا مقتصرا فلا لعان فكذا او اسند القذف وهي ممن يحد قاذفها في الحال بان قال زنيت وانت صبية او مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وانت ذمية او منذ اربعين سنة وعمرها اقل من ذلك فانه يقتصر قوله لانه اي اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال حلفت مكان اشهد لا يجوز ولا شهادة للاخرس في الاموال فهنا اولى وكذا اذا كانت خرساء لا لعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال انها تصدقه او لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة قوله وفيه خلاف للشافعي ومالك والظاهرية فتلاعن بالاشارة عندهم اعتبارا بوقوع طلاقه وكتابه وبيعه وسائر تصرفاته ولان امامة بنت ابي العاص اصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت اي نعم فرأوا انها وصية قلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يندرئ بها بخلاف غيره فانه يثبت معها قوله وهذا قول ابي حنيفة وزفر وبه قال احمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن ابي ليلى وابو ثور رحمهم الله تعالى وبقولهما قال مالك وابو حنيفة رضي الله عنه اولا قوله وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل يعني وقت الوضع اذا ولد لاقل من ستة اشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي عن ابي يوسف انه يلاعن قبل الولادة وهو قول الشافعي لحديث هلال بن امية انه عليه السلام لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ما يفيده القصة التي ذكرناها قوله يصير كالمعلق كانه قال ان كان بك حمل فهو من الزنا [illegible] فان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة ظهر انه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق [illegible] شبهة التعليق [illegible] فيما يندرئ بالشبهات [illegible]

وقلنا الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي

امتنع لعانهما حاملا عندنا لان الحمل وان تترتب عليه احكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفي الحمل بل بالزنا قال ان وجدت شريك بن سحماء على بطنها يزني بها وقوله عليه السلام انظروا فان جاءت به كذا الخ ما قدمنا فانظره كان انما علمه عليه السلام بحملها من طريق الوحي او لان اللعان ما خرج حتى ظهر الحمل هكذا انكر احمد بن حنبل لعان هلال بالحمل وقال ابن الجوزي على ان كون لعانهما كان قبل الوضع معارض بصحة ما قدمناه من الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد انه كان بعد وضعها وهو قوله فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عندها فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل باحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف **قوله** ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه اي على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونها نفخا او ماء وقد اخبر في بعض الحي عن بعض نسوتها انها ظهر بها حبل واستمر الى تسعة اشهر ولم يشككن فيه حتى ارتقبت اسباب الولود وتم اصابها الطلق وجلست الداية تحتها فلم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة تصب ماء حتى قامت فارغة من غير ولد واما توريثه فالوصية به وله ولا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل واما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط فصار كأنه معلق معنى واما رد الجارية المبيعة للحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له اسم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بالعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب **قوله** واذا نفى الرجل الخ حاصل هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق ان لا يقبل التهنئة او لا يسكت عندها وهذا من المواضع التي يعتبر فيها السكوت رضا وقد اوردناها منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس دعوة وولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه ان يقع اعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولو وقع نفي بعده لكان لم يقبل تهنئة لا يقبل الا اذا كان غائبا على ما سنذكر ثم لم يعين لها مقدار في ظاهر الرواية وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة رحمه الله تقديرها بثلاثة ايام وروى الحسن عنه سبعة لانها ايام التهنئة وضعفه السرخسي لان نصب المقادير بالرأي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها اثر الولادة فكان القياس ان لا يجوز النفي الا على فور الولادة كقول الشافعي الا انا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لان النفي يحتاج اليه كيلا يقتحم نفي ولده او استلحاق غير ولده وكلاهما حرام قال عليه السلام حين نزلت آية الملاعنة ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه ابو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه عليه السلام من ادعى ابا في الاسلام غير ابيه وهو يعلم انه غير ابيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة اذا طالت لا يجوز النفي فجعلنا القصيرة مدة النفاس لانها اثر الولادة وكذا احكام الولادة ثابتة فيها من عدم جواز الصلوة والصوم والقربان فكانت كحال الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة لان وقت التأمل والناس مختلفون فيه والاحوال ايضا تختلف في افادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل احسن الله بارك الله لك فيه ورزقك مثله او امن على دعاء المهنئ او سكوته عندها او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت قد يقال

ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال فان نفى الولد الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني وليس بمكذب نفسه لان الاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هنا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا

اعتبارا بحق ذلك الوقت وما قبله بجواز النفي لم يخرج من التبيين فيما فيه قوله لا يسع التبيين اصلا قوله وان كان غائبا ما تقدم كان اذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن ابي يوسف ان قدم قبل ان يفطم مدة الفصال فله ان ينفيه الى اربعين يوما وان قدم بعد ما فطم ليس له ان ينفيه اصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه الى تمام الاربعين عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وذكر في غير رواية الاصول عن ابي يوسف رحمه الله اذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن وقال محمد له نفيه بعد الحولين الى اربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما وينقطع نسبه قوله لانهما توأمان هما اللذان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر قوله وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وهذا في اولاد ثلاثة اقر بالاول والثالث ونفى الثاني قوله والاقرار بالعفة وهو المستفاد من الاعتراف بالاول سابق على القذف بنفي الثاني في حقيقته فصار كانه قال هي عفيفة ثم قذفها لا يقال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفي الثاني فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني في ذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته امر حكمي والحد لا يحتاط في اثباته فكان اعتبار الحقيقي هنا متعينا لا الحكمي هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ **فروع** لو نفاهما فمات احدهما او قتل قبل اللعان لزماه لانه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفي الحي لانه لا ينفصل عنه ويلاعن عندهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش وقد ثبت النفي تبعا له ان امكن ولا يلاعن عند ابي يوسف رحمه الله لان القذف اوجب لعانا يقطع النسب وهذا خلاف ما وجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزم الولدان لان القاضي قطع بهذا اللعان لم يوجب في حق الثاني ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه لا يبطل بالفصل عن انتفائه لو قال بعد ذلك هما ولداي لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه صريح بالرجوع ولو قال ليسا بابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفى احدهما وذلك نفي للتوأمين فلم يصر قاذفا ولده من وجه فلم يكن قاذفا مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله في امرأة جاءت بثلاثة اولاد فاقر بالاول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه فلو نفى الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولد عندها فاقر به ونفاه ثم اقر به يلاعن ويلغو ما بين الاقرار ثبوت نسب بعض الحمل اقرار بالكل لكن قال بعده وعلى هذا ولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب والحق بالام لا يبطل الحق في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكوة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا تجوز شهادة احدهما للآخر ولا صرف زكوة ماله اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة اخرى لا يجوز للابن ان يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب اذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه محتاج الى نسب وقد وقع منقطع النسب من قبله ووقع الاياس في ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من سماع الشيء فيه والله اعلم

باب العنين وغيره لما ذكر احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق عقبها بذكر احكام تتعلق بمن به عارض ...

أجّله الحاكم سنة فإن وصل إليها فبها وإلا فرّق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولأن الحق ثابت لها بالوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلا بد من مدة معرّفة لذلك فقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرّق بينهما

من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة من عُنّ إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل ومن عنّ إذا عرض لأن ذكره يعنّ يمينا وشمالا ولا يقصد اسم عاجز [illegible] ويجمع العنين عُنن ويقال عنين بين العنانة والتعنين ولا يقال بين العنة ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو لا يصل إلى النساء دون بعض لسحر أو كبر سن فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها وما من الهند واسفي يوسف تبطلت فيه مارا وفي مجلس ثم العنين فإن نقص ذكره وانتشر علم أنه لا عنة به وإلا علم أنه عنين لو أخبر علم ذكره فأجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا وإلا فلا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكم وفي المحيط آلته قصيرة لا يمكن إدخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا كالزر فحكمه كالمجبوب **قوله** أجله الحاكم سنة أي من وقت الخصومة ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعد ما أجله بنى المولى على التأجيل الأول **قوله** هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود أما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق ثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين أن يؤجل سنة قال معمر وبلغني أن التأجيل من يوم يخاصم وهكذا أخرجه ابن أبي شيبة ثنا هشيم عن محمد بن سالم عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليك الحديث ورواه ابن أبي شيبة بسنده أن عمر أجل العنين سنة من يوم مرافعتهم زاد في لفظ وقال إن أتاها وإلا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال ثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة وأما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رضي الله عنه رواه ابن أبي شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فإن جامع وإلا فرق بينهما ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن أبي شيبة عن المغيرة بن شعبة أنه أجل العنين سنة وخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم أنهم قالوا يؤجل العنين سنة **قوله** ولا بد من معرفة لذلك أي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية في أصل الخلقة فقدرناها بالسنة لأنها معرفة لذلك فإنه إن كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الأربعة وكل فصل بأحد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو أردى الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فإن كان مرضه من أحد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين متضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال **قوله** فإذا مضت السنة ولم يصل إليها عرف أن ذلك بآفة أصلية وفيه نظر فإن ظاهره أن موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة معرفة لتعريفه وهو ممنوع إذ لا يلزم من عدم الوصول إليها سنة كون ذلك لآفة أصلية في الخلقة إذ المرض قد يمتد سنة وأيضا ما له حكم العنين المسحور ويشفى المسحور مما قد يمتد سنتين وبمضي السنة يفرق بينهما إذا طلبت مع العلم بعدم الآفة الأصلية لتعلق العلم بأنه يصل إلى غيرها من النساء فالحق أن التفريق منوط بغلبة ظن عدم زواله لزمانة أو للأصلية ومضي السنة مع عدم الوصول يوجب ذلك وهو عدم إيفاء حقها فقط بأي طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وإبلاء العذر شرعا [illegible] وغلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد السنة [illegible] في ذلك إلا برضاها فلو رضيت ثم رجعت

ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا

كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة غاية في ابلاء العذر وقال لبيد لابنتيه حين حضرته الوفاة تمنى ابنتاي ان يعيش ابوهما * وهل انا الا من ربيعة او مضر * فقوما وقولا بالذي قد علمتما * ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر * الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر **قوله** ولا بد من طلبها هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فان كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة وان كانت امة فالطلب عند ابي يوسف رحمه الله لها وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل قيل محمد مع ابي يوسف وقد مرت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتاخيرها المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التاجيل لما عرفت ان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا للرضا بالمقام على ذلك ابدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغيرة عنينا ينتظر بلوغه لان للصبي اثرا في عدم الشهوة قال قاضي خان الغلام الذي بلغ اربع عشرة سنة اذا لم يصل الى امرأته ويصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه ويؤجل سنة لان الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة لانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والا نصب القاضي عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بالعنة وعيبه او على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فان نكلت لم يفرق والا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته فانكره يريه رجلا فان امكن علمه به بالجس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم يتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث يثبت نسبه يبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه الا يرى انها لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة يعد هذا البحث وجوابه ان التفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان بثبوت النسب منه ثبت انه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين او المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى اذا بلغت واذا رضيت قبل التاجيل او بعده قبل انقضاء السنة او بعده سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل بخاف مائه ولم يكن لها طلب الفرقة **قوله** وتلك الفرقة تطليقة بائنة وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي واحمد رضي الله عنه فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردي على الفرقة بالجب تعليلا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان الفرقة بسببه ايضا عندنا طلاق وقوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا اي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم الا ترى ان النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه فرقة بعد التمام فلا يقبله كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية ابي حنيفة عن عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة **قوله** ولها كمال المهر لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز انها تمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يكمل بترك وطئها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت حيث

حتى اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها وان اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به اخرى عالمة بحاله ففي الاصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز تأميلها بره ودفع بانه احتمال بعيد بعد ان لم يبرأ في اكثر من سنة فالظاهر عدم برئه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب **قوله** هذا الذي ذكرناه من انها اذا طالبته بالفرقة اجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها في هذا النكاح وان تصادقا انه وصل اليها في نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطئها في نكاح ثم ابانها ثم تزوجها ولم يصل اليها فلها المطالبة بالفرقة فان اختلفا فادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب **قوله** وان نكل اجل سنة سواء جعل النكول اقرارا او بدلا فكانه اقر بعدم الوصول **قوله** وان كانت بكرا يعني اذا انكر وكانت بكرا وقت النكاح لا تستحلف بل ترى النساء فان قلن هي بكر اجل سنة من غير استحلاف الاستحلاف والنكول لتحقق كذبه وقوله فان قلن ثيب حلف يحتمل هو الا كون من كتاب امرأتين ثم جعلها جعل الامرأة الواحدة العدلة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان احوط وطريق معرفة انها بكر ان يدفع في فرجها اصغر بيضة للدجاج فان دخلت من غير عنف فهي ثيب والا فبكر او تكسر وتسكب في فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب ثبتت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها لان البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها فيه ان القول قوله لو قالت زالت البكارة باصبعه ونحوه فيحلف انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان نكل اجله سنة ثم فرق ان لم يصل اليها ثم اذا اجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فهي ما اذا اختلفا قبل التأجيل ان كانت بكرا نظرن اليها فان قلن بكر خيرت للحال بين الاقامة والفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر النكاح وان كانت ثيبا في الاصل فاختلفا قبل التأجيل او بعده فالقول له وان حلف استقر النكاح ولو نكل اجل وخيرت بعده وفي موضع تخييرها يعتبر المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل ان تختار نفسها او اقامها اعوان القاضي ولو مكرهة لزم النكاح لانه كان يمكنها اختيار نفسها قبل ان تقام فاذا اختارت نفسها امر القاضي ان يطلقها فان ابى فرق بينهما كذا ذكره في الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج الى القضاء كخيار المخيرة **قوله** لانه لا فائدة في التأجيل لانه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصي لان آلته قائمة وانما سلت خصيتاه او وجئ الموجوء الذي رض خصيتاه وقال في بعض اهل المائتة انه عرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يجيء الى فوق الى ان يرتفعا الى فطره فلا يعود او يكون نشيطا كثير الجماع الا انه لا يسيل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين **قوله** واذا اجل العنين سنة فقال الخ قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل بالاختلاف قبله نعيده **فرع** الخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فان وصل اليها والا اجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء اعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها وان لم تكن عالمة فلها المطالبة بالفرقة **قوله** هو الصحيح صححه ايضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الائمة السرخسي وقاضي خان وظهير الدين من اعتبار الشمسية وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وما ضربت السنة الا للتوصل الى صلاح الطبع ودرج الطبائع فيجوز ان يوافق طبعه مدة زيادة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الاول ان الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة وقولا اهل الشرع انما يتعارفون الاشهر والسنين بالاهلة فاذا اطلقوا السنة انصرف

ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الأسد

إلى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوما ومن الحلواني الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت في نسخة ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة خمسة وستون وربع يوم إلا جزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر أن هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه وكذا قول الراوي عن عمر في المرأة التي أتت إليه فأجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يرد إلا ما لا يتبادر هذا سوى تعرفه العرب وأهل الشرع على أن الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي توارد عليه العرفان والله سبحانه أعلم **قوله** ويحتسب بأيام الحيض أي يحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة **قوله** ولا يحتسب بمرضه ومرضها هكذا مطلقا وعن أبي يوسف إذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وإن كان أكثر لم يحتسب وعوض منه لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليها بالليل لا النهار وذلك نصفه وكذا النصف من كل شهر وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف وفي رواية أن ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية أن مدة أكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فإن حج أو غاب هو احتسب عليه لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد إحرامه فلا يكون خصما بخلاف ما إذا حجت هي أو غابت لا تحتسب عليه لأن العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فإن حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء إلى السجن لم تحتسب عليه فإن لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وإن لم يكن موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم تحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادرا على الإعتاق وإن كان عاجزا أمهله شهرين الكفارة ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت إلى ذلك ولم يزد في المدة **قوله** وإذا كان بالزوجة عيب إلخ الحاصل أنه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وابن زياد وأبي قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه وفي المبسوط أنه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المرأة ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة الجنون والجذام والبرص وقال الشافعي لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الخيار إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة وهو قول مالك وأحمد وقال الزهري وشريح وأبو ثور ترد بجميع العيوب وكذا عن الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الأول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن إذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال أجذم ولا أجن ولا أجبن وشذت من أسماء المفعولين من أفعل جاء على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزلة المحب المكرم

ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب

والفعل من البرص برص فهو ابرص وابرصه الله والرتق الالتحام والرتقاء الملتحمة والقرن في الفرج اما غدة غليظة او عظم يمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة اقيسة في بعضها اما النص فما روي انه عليه السلام رد بالعيب قال للتي رأى بكشحها وضحا او بياضا الحقي باهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع انه ينفر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس الحكم وهو المباعدة والمفارقة فانه جنس الفسخ قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد او يجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن ابي هريرة قال قال عليه السلام لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع في انه ينفسخ بهذه العيوب بجامع انها عيوب يفسخ بها البيع فليفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسي فيا به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا اما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحقي باهلك من كنايات الطلاق واما الثاني فظاهره غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه ومخالطته وخدمته وتمريضه والقيام بمصالحه واما القياس فتخلف فيه جزاء المقتضي او شرطه فان المقتضي للفسخ بالعيب في البيع وقوعه في عقد معاوضة تجري فيه المساهلة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط اعماله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لوازمهما حتى اذا جبرنا على عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة اصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عند البيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وانف مائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزلا بالبيع لم ينعقد وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة منتفية ومن القياس الثالث يمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود بجواز ان يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات القروح الفاحشة والجذام الزائد ومع انه في قول محمد ان يجوز ذلك فيه يبطل عليها المقصود للوجه الاخير بخلافه هو اذا وجدها كذلك لانه يتمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق روي عنه ونحوه ودفع قول الزهري ومن معه المخطئة دفع اقيسة الشافعي ومن معه

قوله ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى ان لا يوجب الفسخ ونظر فيه بان النكاح موقت بحياتهما **قوله** وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من وجه على الكمال والمستحق التمكن اي التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا **قوله** لانهما يخلان بالمقصود فان قيل جعل في المسألة قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعل المقصد المشروع له النكاح حتى تخير في الفسخ بالجب وهذا تدافع اجيب بان الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصد الذي شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح الرضيعة والآيسة فلو كان المقصد الاهم لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار كبش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها

به من الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيها اذا كانت به لانها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره على ما قررناه فلا حاجة الى ذلك بل هو مطلق لا يختلف والله سبحانه وتعالى اعلم

باب العدة لما ترتب العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا اوردها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان واحكام العنين وهي في اللغة الاحصاء عددت الشيء عدة احصيته احصاء ويقال ايضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول او ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي ان يزاد او شبهته بالجر عطفا على النكاح والتربص الانتظار اي انتظار انقضاء المدة بالتزوج فحقيقته ترك لزم شرعا التزوج والزينة في مدة معينة شرعا ولا شك ان سببها النكاح او شبهته وزوال ذلك شرط فالاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط ولم يحسن الزوال بالنكاح لتمام شبهته قالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعي رحمه الله الكف عنها وينبني على ذلك ان العدتين اذا وجبتا من رجلين يتداخلان وتنقضيان بمدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغي ان يقال في تعريفها هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لانها لزومات والا فالتربص فعلها والحرمات احكام الله تعالى فلا تكون نفسه وعلى هذا فما قيل في حكمها انه حرمة نكاح غيرها عليها وحرمة نكاح اختها واربع سواها عليه لا يصح لان الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزوجه باختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك انه معنى كونه هو ايضا في العدة لان معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج الى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة غير ان اسم العدة اصطلاحا خص تربصها لا تربصه ثم لزم ما ذكر ان لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه. **قوله** واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا وليس هو في بعض النسخ وقيل الطلاق وفي الخلع واللعان خلافا فانه قال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل وهو بناء على انها فسخ والحق انه خلاف ابتداء لما قدم في باب الخلع من المنقول انه الاصح كون الفسخ مؤثرا في انتقاص العدة ولنا وجبت ثلاثة اقراء وفي الفسخ بخيار البلوغ ونحوه خلافا لابن حنبل في عدة الملاعنة تسعة اشهر. قوله حرة ممن تحيض يعني من تحيض فعلا لم يبلغ الاياس حتى لو كانت تحيض ثم ارتفع حيضها حتى بلغت ثلاثة ايام ثم انقطع سنة او اكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض او يدخل الاياس فتعتد بالاشهر بخلاف ما لو لم تر شيئا او رأت اقل من ثلاثة ايام فانها تعتد بالاشهر. **قوله** او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق من النكاح الفاسد والوطء بشبهة وقوله فعدتها ثلاثة اقراء يقتضي ما ذكر من ركن العدة كون عدتها مدة في ثلاثة اقراء لان الحرمات تتعلق في مدة الاقراء فكان الاصل ان ينتصب لانه ظرف زمان معرب واقع خبرا من اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتبر فيه الاطلاق المجازي اعني اطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى ان سبب العدة ماخوذ فيه تأكده بالدخول او ما يقوم مقامه كما ذكرنا وانما تركه المصنف لشهرة ان الطلاق قبل الدخول لا يوجب العدة قال الله تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها. **قوله** والفرقة اذا كانت الخ لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي انما دل على الطلاق الحقه بالطلاق بجامع وهو ان وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجدناه ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق يعني في مدار الحكم

الاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قال ابن السكيت
ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر بقي ثلثة

من علم يوجب حركتها للنكاح الى ان تحيض عند الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي ان تجب لغيره ايضا وقد اقام ما علم فيها فيلحق بهذا ايضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه وتعرف براءتها كما في مواضع وجوب الاقراء وقد تعذر الثاني كما في صورة الاشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يوسف عليها اذ لا الف ولا مودة فيه **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار وقول الشافعي قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وزاد ابو داود والنسائي معبد الجهني وذكر انه قول بناء على انه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل ومن رواه عنه العوفي وثبته بعض المعنيين من الحنابلة واسند اللخمي الى قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان تعارض وتهم عن زيد ايضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسن بن حي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وابو عبيد واسحق واليه رجع احمد وقال محمد بن الحسن في موطأه حدثنا عيسى بن ابي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قالوا الرجل احق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق منهم انما يصح اذا كانت الحيض لا الاطهار اذ لو كان الطلاق في الحيض فالطهر محتسب فيكون انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه ينبني قولهم **قوله** اذ هو من الاضداد استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة اهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد وقد وضع بعض اهل المعقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين اما على طريقة اهل الادب فيجوز لغرض تمليح او تهكم كما تقابل للجبان اسد او مقتول كالبصير في الاعمى الا انها يحصل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها وايضا في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى انه لم يعلم انما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاستدلال بهذا على الاشتراك كما قد هو محل النزاع ولو استدل عليه تبعا للمفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان احسن لا يقال استدلاله على انه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد الاشتراك لفظا لجواز التواطؤ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت لقضاؤنا نقول انما وافق من قبل تعميم المشترك منه يمنع تعميمه لانه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز ان يراد كل من الحيض والطهر فتنقضي بثلاثة اطهار وثلث حيض ثم انه يمتنع اذ لا يجتمعان في زمن واحد **قوله** فالحمل على الحيض اولى ادعى الشيخ في محل الخلاف واقتصر على دليل الخصم لعدم قبول عنده وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي يجمع على قروء ويجمع الحيض فانه يجمع على اقراء لا دليل عليه وكونه وقع في شعر الاعشى كذلك حيث قال — افي كل عام انت جاشم غزوة — تشد لاقصاها عزيم عزائكا — مورثة مالا وفي الحي رفعة — لما ضاع فيها من قروء نسائكا + اي من اطهارهن لاشتغاله بالغزو عنهن لا يوجب الطهر فيكون الاشتراك ويقول صلى الله عليه وسلم دعي الصلوة ايام اقرائك لا يوجب قصده روى ابو داود والنسائي في قوله عليه السلام لفاطمة بنت ابي حبيش فانظري فاذا اتاك قرؤك فلا تصلي فاذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي وقال الازهري ارب في عرض حديث

او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود ولقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به

فارض قروء بكفء الحائض ... الحائض فان المعنى ان عادتها تجتمع فتمج كعدم الحائض على انه قد قيل في بيت الاعشى
ان المراد نفس الزمان اى اوقات الطهر فان قروا يقال للزمان لغة كثيرا واشد الامر بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها
ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها فتلك العدة التى امر الله ان يطلق بها النساء يعنى بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لانه
لانه بناء على ان اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق او مقارنتها له لا تقتضيه وقوعه في
وقت العدة وقراءة لقبل عدتهن في صحيح مسلم تنفيه اذ افادت ان اللام فيه مفيد معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من لغة العرب
يقال في التاريخ باجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه ومما يؤيده ما قال الطحاوى ان النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب
ابن عمر ان الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا على ما بيناه منه في خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه وايضا وتمسكهم بتأنيث العدد في قوله تعالى
ثلاثة قروء وهو يقتضي تذكير المعدود وهو الطهر هو المذكر لا الحيض فلو اريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشيء لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر
كالبر والحنطة والتأنيث حقيقي يؤنث عدده اذا اضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا اضيف الى المؤنث وفي العربية اذا كان المعدود
مؤنثا واللفظ مذكرا وبالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنث وهو الحيضة فحين اضيف الى المذكر
انث وكذا على الاصل الاخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده ثم ذكر المصنف الترجيح ثلاثة اوجه الاول قوله علا بلفظ الجمع
الى العدد لانه جمع معنى لا صيغة او يريد الجمع الصيغي المقرون بالعدد وتنصيصا على المراد بكميته اعني لفظ قروء المقيدة بثلاثة فانه منقطع عنه
احتمالا ان يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي اللازمة من حمله على
الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع في الطهر والازم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال يحتسب بالطهر الذي
وقع فيه وهو نقص على التقدير القطعي الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة
فتكمل ثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقته واقامة الواجب الا به بخلاف طهرين
وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقته اصلا لا يقال قد اريد بالعدد غير كميته المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول
لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير واين هذا من ان يراد بسبعين مثلا ثمانون او مائة الثاني قوله ولانه اى الحيض هو المعرف
بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد لم
تحض عادة وكذا نص عليه السلام على ان مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا حتى يستبرئن بحيضة ولم يقل بطهر الثالث قوله عليه السلام
طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم في كتاب الطلاق تخريجه واسند الشافعي ثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى
ابي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر قال ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض
فشهرين او شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطني والاجماع على ان انتقالات الحرة في اثبات الاعتداد دليل في الكتب فيلحق قوله تعالى ثلاثة قروء الا انه
الا لكن بالاشتراك بيانا لبعض الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة اشهر
شك في ان الاعتداد بالاقراء اصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فافاد سبحانه وتعالى ان المصير الى الاشهر عند عدم الحيض

[illegible]

هو المراد حيلا قوله في الآية وكونه نيعدم الطهر بعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال يقابل الطهور اذ الظاهر تعليق الحكم
الى المطلقة بعد مضي ما شرع اصلا لا بعدم شيء آخر يستلزمه فكان الاصل ان يقال واللائي يئسن من القروء فلما لم يقل تعالى بقي الحيض مكانه
هو مشترك علم انه لافادة انه هو فرع تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطئها وهي معتدة عالما بحرمتها بالطلاق
ما لو ادعى الشبهة او كان منكرا طلاقها لانها تستقبل العدة واذا كان منكر بعد لم تنقض العدة وليس لها ان تطالبه بنفقة
هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويكمل نكاح اختها قوله وان كانت لا تحيض لصغر بان لم تبلغ بسن الحيض
على الخلاف فيه وما قلته تسع على المختار او كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر ذكر ان بعضهم لما نزلت آية الاقراء قالوا قد علمنا عدة التي تحيض فالتي لا تحيض
ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة اشهر وقيل ان ارتبتم في الدم الذي
تراه من بلغت سن الاياس هو حيض او فساد فعدتهن ثلاثة اشهر ثم قال الله وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعني قوله
واللائي لم يحضن يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمسة عشر سنة على قولهما وسبعة عشر سنة على قول ابي حنيفة ولو ملك
ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر ايضا ثم ان وقع الطلاق في اول الشهر اعتدت بالاشهر بالاهلة اتفاقا وان وقع في اثناء الشهر اعتبر
الشهر الذي هو بالايام تسعين يوما عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان في الاهلة ثم
اعلم ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغر وكبر في الاعتداد بثلاثة اشهر واستدل على ذلك بقوله
واللائي يئسن الآية ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان آخرها اعني
قوله تعالى واللائي لم يحضن هو التقييد للاعتداد بثلاثة اشهر للتي لم تحض لصغر كما انه هو التقييد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل
ان من كانت طهرا اصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة اشهر وهي مراهقة اولم
تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع او سبع والاول اصح ومن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها
بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء ام لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر ويبتني على هذا ان تكتب
بالاشهر التي وقفت ليظهر حبلها اذا لم يظهر فانه يظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وفائدة الاخر انها لم تتزوج بعد عدتها حتى انقضت
ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في اثناء الاشهر الثلاثة استانفت العدة بالحيض هنا ومن ذكرنا انها تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت
عادتها وهو ما يعني فيقال مطلقة شابة ترى الدم في كل شهر وعدتها الاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت
عادتها ما ذكرنا ولها في كل شهر حيضة فاذا قدرت بثلاثة اشهر انها انها ماضت ثلاث حيض تيقن بخلاف التي لم تحض فانها تعتد والى الايام عادتها
[illegible] من ست عشرة سنة الى خمسة وستين من الثالث واعلم ان الاقرب الاشهر بثلاثة اشهر في المستحاضة الناسية لعادتها الا في
[illegible] اعلى الشهر [illegible] بانها شهر [illegible] يعتبر ثلاثة اشهر [illegible] هذا الشهر والوجه ظاهر ويكتب في التي بلغت
[illegible] شهر اكثر المشائخ لا يعتبرون لضعف الوجه على هذه الصغيرة لانها غير ناطقة بل [illegible]

وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ولأن الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار عمر بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لأنه متجز فأمكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة شهران وخمسة أيام لأن الرق منصف

وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي المخاطبة بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع أن الصبية غير مخاطبة فالعدة مجرد مضي المدة في حقها لا يرد على أن توجيه الخطاب بالشرع عليها والتحقيق أن الاقرب الأول [illegible] على أحد الحرمات أو التربص الواجب فإن قلت التقدير كونها بمعنى المدة ليس إلا فيما يجب أن لا تتزوج فالذي يتعلق الخطاب بمعنى التزوج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الأئمة [illegible] انتفاء قول الأول يخاطب الولي بأن لا يزوجها كالجواب لا يلزم فإنا إذا قلنا الأجل انقضاء المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج فالخطاب على وضع الشارع عدم الصحة لو فعل قوله وإن كانت حاملا يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة والآية تعم الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول بها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه وكذا يختلفون في معتدة الصغير وفي المنتقى إذا خرج من الولد نصف البدن [illegible] قبل الرجلين [illegible] بالرجلين [illegible] قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة [illegible] وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها إذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور قوله وإن كانت أي المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان لأن الرق منصف وقد تقدم تخريجه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزى فكملت [illegible] ضرورة التكميل [illegible] إلا أنه في تحقيق الواجب حتى تقدم آنفا وقوله أشار إليه عمر [illegible] لو استطعت [illegible] عن عمرو بن دينار [illegible] عمرو بن أوس الثقفي [illegible] رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب يقول لو استطعت لجعلت عدة الأمة حيضة ونصفا فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار [illegible] في مسند عبد الرزاق ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات إلى قوله لأنه كان يتكلم في ذات الأقراء لا في العدة بالأشهر لكون الأصل [illegible] الرجل في غير محل الحكم المذكور وإذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لأنه متجز فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة وأم الولد في الطلاق والفسخ كالأمة قوله وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام سواء كانت مدخولا بها أو لا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها حر أو عبد حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها وهي [illegible] عدتها [illegible] الأربعة الأشهر والعشرة الأيام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا الآية [illegible] الأشهر [illegible] من وجوب الإيصاء [illegible] إلى الحول وقال [illegible] أربعة أشهر وعشر ليال [illegible] في اليوم العاشر [illegible] من تذكير العدد معنى العشر في الكتاب والسنة وهو قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا [illegible] كون المعدود الليالي [illegible] الأيام على عرف في التاريخ حيث يكتب بالليالي [illegible] كون هذه الأيام [illegible] أيام [illegible] ابتداء العدة من الموت [illegible] فذلك عند [illegible] [illegible]

وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع

على الكتابية تحت المسلم بوجوده **قوله** وإن كانت أي المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حرة أو أمة كالمطلقة والمتاركة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة إذا كانت حاملا كذلك لإطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن إلا أن عليا رضي الله عنه يقول لا بد من الوضع والأربعة أشهر وعشر وهو قول ابن عباس قالا إن هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا يوجبها عليها فتجمع احتياطا وفي موطأ مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال أبو سلمة إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت فقال ابن عباس آخر الأجلين فقال أبو هريرة أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فأرسلوا كريبا مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت وفي الترمذي أنها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوما وما أخرج البخاري عن ابن مسعود قال أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة نزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء وبالطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا فقالوا بهلة الله على الظالم منا قيل هي مشروعة في زماننا وقد ورد بلفظ الملاعنة أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ من شاء لاعنته لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الأربعة أشهر وعشرا وأخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل في مسند أبيه عن أبي بن كعب قلت للنبي صلى الله عليه وسلم وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن المطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها زوجها فقال هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك وقول عمر رواه في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التي يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال إذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الأنصار أن عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد لحلت وفيه رجل مجهول وفي الصحيحين من حديث عمر بن عبد الله بن الأرقم أنه دخل على سبيعة بنت الحارث الأسلمية فسألها عن حديثها فأخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر بن لؤي وكان ممن شهد بدرا فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب أن وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال لها ما لي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح والله ما أنت بناكحة حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر قالت فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاني أني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزوج إن بدا لي ولما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضي العدة إلا بوضع الكل فلو بقي في بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أفتاني أني قد حللت حين وضعت يرد قول من قال من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها كالنخعي أخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحي من شئت رتب الإحلال على التعلي فيقتصر أي توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الأشهر فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العدة ظهر فساد النكاح في الحامل من الميت **قوله** وإذا ورثت المطلقة في المرض يتعلق بالمطلقة أي ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا بأن مات وهي في العدة فعدتها أبعد الأجلين أي الأبعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فلو تربصت سنة ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تكملها وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تحض ثلاث حيض بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تحيض وإن كثت سنين ما لم تدخل الإياس

ولأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من الكافر فإن أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت

فتعتد بالأشهر وإذا عرفت هذا فمن فسر أبعد الأجلين بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر إذ لا يصدق إلا إذا كانت الأربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض وحقيقة الحال أنه لا بد أن تتربص أبعد الأجلين وهذا الحكم ثابت في صور أخرى هذه والثانية إذا قال لزوجته أو زوجاته إحداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الأجلين ولو بين في إحداهن كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة أم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا وسنفصلها إن شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة أو ثلاثا أما إذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته بعد ما خلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فإنها تنتقل عدتها إلى عدة الوفاة وترث بخلاف ما لو طلقها بائنا في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق قوله ولأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض كاملا وإنما تلزم عدة الوفاة إذا انقطع بالموت وليس فليس وإنما بقي في حق الإرث لإجماع الصحابة برد القصد ولا يستلزم هذا الحكم بقاءه في حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح قائم من كل وجه وإنما انقطع بالموت فيجب عدة الوفاة فيه قوله فيجمع بينهما أي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لأنه انقطع بالطلاق حقيقة وبالموت حكما أما الأول فمفروض المسألة أنه أبانها قبل الموت وباعتباره تجب عدة الطلاق وأما الثاني فلاعتبار قيام النكاح عند الموت كان توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة لكن يقع قول أبي يوسف أن اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم أن يبقى في حق العدة وجوابه أن الإرث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فإذا بقي النكاح شرعا في حق الإرث فلأن يبقى في حق العدة أولى مع أن الأصل أن الشيء إنما يثبت بلوازمه وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا قوله ولو قتل على ردته إلخ جواب عن مقيس عليه مقدر لأبي يوسف وهو أنه لو ارتد زوج المسلمة فمات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لأن زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا هنا زواله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت فأجاب بمنع حكم الأصل أولا فقال لا نسلم أنه لا يلزمها عدة الوفاة بل يلزمها وإليه أشار الكرخي وما ذكرت مذهبك فهو على الخلاف فيلزمها الجمع بين المذكور والحيض فلا يصح به إلا لزام ولئن سلمنا أن لزوم الحيض اتفاقي فالفرق أن توريثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعا قائما إلى الموت لأنه لو اعتبر كذلك لم ترث إذ لا ترث المسلمة الكافر فلزم الحكم باعتبار إسناد الإرث إلى وقت حدوث الردة اعتبارا للردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهي مسلمة غير أنه زال نكاحه إسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة قوله وإذا أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه أي بعد الطلاق الرجعي فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض كذا في الكافي ووقع في شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث في الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم إلا أن يجعل لبقائه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت إجماعية لكن هي خلافية وبقولنا قال الشافعي رحمه الله في الأظهر وأحمد وإسحاق والحسن والشعبي والضحاك وقال مالك وأبو ثور لا يكمل عدتها في الرجعي والبائن وعن الزهري وعطاء وقتادة تكمل في الرجعي

وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأن عودها

اعتبارا لبقائه كابتدائه وجه قول مالك أن بمجرد الطلاق لم تثبت عدة الإماء وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد فلو
وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وتحقيق الجواب منع تأثير سببا لعدة في كمية مخصوصة فالنكاح سبب العدة
عند الطلاق فقط لا يفيد كمية خاصة إذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفا وتأسفا وتقدير الكمية لحكمة أخرى سنذكرها
عدة النكاح الفاسد ومع تسليم الوجه المذكور للانتقال من الحائض وقد صور الانتقال إلى جميع كميات العدة البسيطة وهي أربعة صورتها
أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت في أثنائها انتقلت إلى حيضتين فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض
فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت إلى أربعة أشهر وعشر **قوله** وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور يمكن كون الفاء للتعقيب إذا اعتدت
امرأة آيسة فاعتدت بالشهور **قوله** ثم رأت الدم بعد انقضاء الأشهر أو في خلالها انتقض ما مضى من عدتها وظهر فساد نكاحها الكائن
بعد تلك العدة حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صاحب الهداية ويندرج في إطلاق الانتقاض وهو لازم التعليل
الذي ذكره في الكتاب بقوله لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا وعلله بأن شرط الخلفية أي الخلفية الاعتداد بالأشهر
عنه بالحيض تحقق الإياس بالنص وهو قوله تعالى اللائي يئسن من المحيض الآية والإياس لا يتحقق إلا باستدامة العجز إلى الممات كالقدرة
في حق الشيخ الفاني فإذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة إلا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وليس
هو بلازم مع وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأنه ح ظاهر في أنه ذلك المعتاد وعوده لعارض
يبطل الإياس ثم فسره بعضهم هنا بأن تراه سائلا كثيرا احترازا عما إذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيده أيضا بأن يكون أحمر أو أسود فلو
أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضا ومنهم من لم يتعرض فيه فقال معناه إذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد أنها إذا كانت عادتها
قبل الإياس صفرة أو كذا فرأته كذلك كان حيضا فظهر عدم انقضاء العدة بالأشهر ثم أطلق المصنف الانتقاض للعدة والاستئناف فاقتضى ثبوت
ذلك سواء قلنا بتقدير الإياس بمدة أو لا وذكر في المحيط أن في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه وإياسها على هذه أن تبلغ
من السن ما لا تحيض فيه مثلها فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بإياسها فإن رأت بعد ذلك ما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل
الاعتداد بتلك الأشهر ويظهر فساد النكاح ويكون كون المرأة مثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي
رواية يقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن وعليه أكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد أنه قدره في الروميات بخمس
وخمسين سنة وفي غيرهن بستين عنه بسبعين وبه قال الصفار وقال أبو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم إلى تسعين سنة ولو كانت
عادة أمها وأخواتها الانقطاع قبل ستين تأخذ بعادتهن وبعدها ستين ما تأخذ بها وعن محمد قال إلا قطع فلذا رأت الدم بعد ذلك وما لا يكون حيضا كالدم التي تراه
الصغيرة التي لا تحيض مثلها وهذه العبارة تفيد أنه لا يحتاج إلى حكم القاضي بالإياس وكذا العبارة القائلة إذا بلغت المقدر يعني
وانقطع حيضها حكم بإياسها فإن رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا إنما تقتضي أن عند بلوغ المقدر مع عدم الانقطاع يحكم بشرعا قبل كونه
حيضا ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين وإذا لم تر الدم بالاجتهاد إذ الحيض بالنص
فإذا رآته مقدرة وحده بالنص بخلاف الاجتهاد ويبطل كذا نقل بعضهم فهو يفيد كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير وأما على رواية

بمعنى ان الاياس هو الصحيح فظهر انه لو يكون خلافا معتدا الا ان شرط الخلاف فيه تحقق الياس و ذلك باستدامة الانقطاع الى الممات كما نقل عن بعض المشائخ

عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير ولو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا فثبت اختلاف المشائخ على الروايتين في بعض العبارات ما يفيد عدم الانتقاض اذا حكم القاضي بالاياس وتقييد الانتقاض بعدم حكمه ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلوة عن محمد في العجوز الكبيرة اذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض ثم نقل قول ابن مقاتل انها محمولة على ما اذا لم يحكم باياسها اما اذا انقطع وحكم باياسها وهي ابنة سبعين سنة ونحوه فرأت لا يكون حيضا وقال بعده بخطوط وطريق القضاء ان يدعي احد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان الصدر الشهيد يفتي بانها لو رأت بعد ذلك ما يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاشهر وان كانت رأته بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الانكحة ويقضي القاضي بجواز ذلك او لم يقض ثم ذكر الخلاف صريحا مبنيا على ما قلنا ففي مجموع النوازل الآئسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشائخ الا اذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفي المستقبل تعتد بالحيض انتهى فتحصل في المسألة اقوال على التقدير وعدمه وهي تنتقض اذا رأته قبل انقضاء الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قد اقل مدة الاياس او لا حكم بالاياس اولا وهو ظاهر مختار المص من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا فتنتقض كذلك اذا رأته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها فلا تبطل فلا تنتقض الانكحة قضى بالاياس اولا وهو قول الشهيد تنتقض ان لم يكن قضى اياسها كما قلنا لا تنتقض ان كان حكم باياسها وهو ان يدعي فساد النكاح فيقضي بصحته وبانقضاء العدة وتنتقض ان لم يكن حكم بالاياس والقول المصحح في النوازل انتقض في المستقبل لا في الماضي فلا تعتد الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المص هو الصحيح احتراز من كل قول يخالف اطلاق الانتقاض مطلقا كان او مفصلا مبني فيما اراه على اشتراط تحقق الاياس لخلفية الاشهر بالنص وان تحقق الياس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات لا شك في الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا علم فيه ولا دليلا سوى ما يتوهم من لفظ الياس او يقتضي ذلك ولا شك ان الياس من مقولة الادراك فانه ليس الاعتقاد ان الشيء لا يقع ابدا اما انه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا ولذا قد يتحقق الياس من الشيء ثم يوجد وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت آئسة من كذا ثم وجدته فانما يستدعي سببا له وكونه بان ينعدم الحيض ويمتد ويتقضي محال وجوده في ياسي العمر لكبر السن كاف فيه وعلى هذا اذا رأته بعد الاياس لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر من اعتداد بالاشهر لتوهم معتبر الوجود وشرطه ويبقى النظر بعد ذلك في انه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صحح في مجموع النوازل او لا ينتقض فيما يستقبل ايضا كقول الصفار وغيره وهو مبني على النظر فيما ترجح في هذا المرئي بعد الاياس هو حيض ام دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالاياس وعدمه اذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات في المستقبل والوجه يقتضي الخلاف في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع في سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمسون والستون وعدم مخايل كونه استدامة للطهر ولا يجري في المستقبل الا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الياس تحقق حكمه

عليه

ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض

وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه والله سبحانه أعلم وأما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الإياس إذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعا والمسألة نصية لا قياسية نص يقال على تعليق الاعتداد بالأشهر عند الإياس فقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الإياس فثبت الاعتداد بالأقراء بالنص **قوله** ولو حاضت حيضتين ثم أيست بأن بلغت سن الإياس عند الحيضتين وانقطع أو انقطع عنه بها في سن لم تحض فيه أمثالها فإنما عدلنا على ذكر الفقيه وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور أنها تستأنف العدة بالشهور وأورد عليه أن المتوضي إذا سبقه الحدث في الصلاة ولا ماء تيمم وبنى وكذا لو صلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالإيماء وهما بدلان أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والممتنع أن يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد وليس هنا كذلك بل رفع الحدث الأول بالماء ورفع الثاني بالتراب ولا الإيماء خلفا عن الأركان لأنه موجود فيها وزيادة ولكن يسقط عن بعض ما لا يقدر عليه لعذر ويبقى البعض على حاله وبعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فإنما تكون الخلفية بشيء آخر **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بأنها متزوجة فإن كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لأنه زنى وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها وسيأتي كذا في الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتي زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلا في فراشه إذا ادعى الاشتباه **قوله** عدتها الحيض في الفرقة الكائنة بتفريق القاضي أو عزم الواطئ على ترك وطئها والموت أي موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ومطلق اسم الزوج إنما يقع على المتزوج بنكاح صحيح والعدة في حقها للتعريف لا لإظهار خطر النكاح بأنها بالتأسف على زواله غير أن الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح ولذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء وإنما وجبت في النكاح الصحيح ثلاثا لأن المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لأنه مجتهد فيه وخروج الدم استحاضة فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به أو استحاضة عندنا غاية الأمر أنه مخالف للعادة بخلاف ما ذكر في الأشهر فإنه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض والاستحاضة مع الحمل بالنسبة إلى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فإنه لم يتمحض له إلا يرى أنه يجب باستحداث الملك مع العلم بفراغ رحم المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة التعبد **قوله** وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض فإن لم تحض فثلاثة أشهر يعني إذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته فإن كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الأول وفي الثاني والثالث لا تجب عليها عدة المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدرى أيهما أول فإما أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كأن كان ما بين ذلك من يوم إلى شهرين وأربعة أيام أو يعلم أنه شهران وخمسة أيام فصاعدا أو لا يعلم كم بينهما ففي الأول تعتد بأربعة أشهر وعشرة لأنه إن كان موت المولى أولا فلا عدة منه لأنها ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لأربعة أشهر وعشر وإن كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ثم

وقال الشافعي بحيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح

موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا تتغير بالانها تختص بعرقة الربع فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى وارت في الزوج بين كونها اربعة اشهر وعشرا وشهرين وخمسة ايام فوجب الاحتياط فلزمها اربعة اشهر وعشر وفي الثاني تجب ان تعتد بابعد الاجلين يعني تجمع بين اربعة اشهر وعشر وثلث حيض لان السيد ان كان مات اولا ثم مات الزوج فعليها اربعة اشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات اولا فعدتها شهران وخمسة ايام ثم موت السيد بعدها يوجب عليها عدة ثلث حيض لانها بعد انقضاء عدة الزوج ففي تقدير عدتها اربعة اشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة ايام وثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بان تعتد باكثرها يلزمها وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه وعند ابي حنيفة تعتد باربعة اشهر وعشر فقط لاحتمال ان الزوج هو المتاخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل باقوى الدليلين ولا يخفى انه مشترك الالزام **قوله** وقال الشافعي في حيضة واحدة وهو قول مالك واحمد وقولهم قول ابن عمر وعائشة رضي ومن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والاوزاعي واسحق انها تعتد باربعة اشهر وعشر وقولنا قول عمر وعلي وابن مسعود رضي وعطاء والنخعي والثوري وعند الظاهرية لا استبراء على ام الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس لا القياس الجلي وهو ما يسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه تحقق بموت المولى وعتقه كل من امرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على الاول بهذا التربص بسبب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلث حيض كالتربص في الطلاق وهذا ارجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر اوجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعدية حكم الاصل وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لا لانه مقتضاه فان اثر العلة في وصف كل قياس انما هو في تعدية حكم الاصل لا في غيره يعني ولا اثبات ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي بوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد على الحيضة بمقتضيه القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب احدهما بعض موجب الآخر وهو يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الاصل يعني ولا اثبات فاذا كان في الفرع جامعان يلزم احدهما يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اقتضاء احدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا ان يجوز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي حينئذ مقتضاه وفيه كلام في الاصول ومنهم من اختياره شرطا كون العلة امرا عدميا فالمتفقون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيئا وما وقع في الفقه مما ظاهره التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجب عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس الا ذلك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس اي يبقى على عدمه الاصلي لا انه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما اذا كان موجب احدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين يتفقان على اثبات ذلك البعض وينفرد احدهما باثبات امر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر

ثم اما سنافيه عمر رض فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فثلاثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رح لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه

قوله واما سنا فيه عمر بن الخطاب رض روى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير ان عمرو بن العاص امر ام الولد اذا اعتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب الى عمر رض فكتب بحسن رأيه فاما انه قال في الوفاة كذلك والله اعلم وليس يلزم من كونها ثلث حيض في العتق من شخص **قوله** يسن الوفاة الاربعى الى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة ام الولد المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع وهو عندنا غير ضائر اذ كان قبيصة ثقة وقد اخرج ابن ابي شيبة عن الحارث عن علي وعبد الله قالا ثلث حيض اذا مات عنها يعني ام الولد واخرجه عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحارث ضعيف الا ان غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن غلط والتحقيق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا **قوله** واذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل احتراز عما اذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرفة ذلك ان تضع لاقل من ستة اشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند ابي حنيفة ومحمد رح فان وضعته لستة اشهر من موته فاكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تعتد العدة بالوضع عندهما بل باربعة اشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون لانقضاء بالوضع وليس بشئ لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين او سنتين كان لسبيل الاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة الى تأخير الحكم بالحدوث الى السنتين **قوله** وقال ابو يوسف عدتها اربعة اشهر وعشر وهذه رواية عن ابي يوسف ولم يحك في ظاهر الرواية خلاف ولم يذكر محمد في الجامع خلافه الحاكم وقول فخر الاسلام فهذا المعنى لا تعتد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فانه يحكي رواية عنه ولذا قال شمس الائمة عن ابي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي انتهى فاذا قال ابو يوسف في المطلقة جاءت بولد لاكثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منتفى النسب محكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانها هي رواية شاذة وهو قول مالك واحمد وهي رواية عن ابي حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق اما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه الا اذا لم يمكن بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فاتت بولد غير سقط لاقل من ستة اشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنا لا يعلم الحالة ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعنده لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند ابي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم يصح لكن يجب من الوطي فيه العدة فانه بشبهة فيقع الخلاف في انها بالوضع او بالاشهر وحاصل تمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير بجامع منفي النسب فلا يعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين كونه منه او من غيره ولانها اي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت مقدرة بوضع الحمل في اولات الاحمال لا لتعرف فراغ الرحم لشرعها اي شرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى وهو قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه كما يتحقق في الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه منه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا لخطره متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل عدمه ودليلا

بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء

الا انقضاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ما ذكروه من صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لقصار حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد احدهما وقد يجتمعان فالاولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقا للقصار فانه اذا ثبت الله امرا لامر ثبت لكل خصوصياته فتثبت كونها بوضع الحمل للنفي ايضا واعلم ان قول ابي حنيفة ومحمد في المسئلة التي اجتمعا فيها قول ابي يوسف اعني المطلقة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضي من ستة اشهر الى الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل لحادث الى اقرب زمانه **قوله** بخلاف الحمل الحادث شروع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بان حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من ان تثبت العدة اذ ذاك والفرض ان لا حمل ثم ليثبت بالوضع وعدمه فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع او بالاشهر من ضروريات العقد بعد العلم بما ذكرنا فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا تتوقف فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال حالة الفرقة **قوله** ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها حبل بعد موته بان جاءت به لاقل من سنتين مع حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر واجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك مستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل ان توافق الحكم الواقع الا ان تحقق خلافه فوجب كونه كما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الموت لسنتين حتى تيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التامل لا معنى لايراد الجواب عنه بما ذكر اصلا **قوله** ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي في الحادث بعد الموت وغيره لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه اي مقام العلوق في موضع التصور لان الشيء انما يقدر تقديرا اذا امكن تصوره تحقيقا **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل لانه سمي الاسم في ثلثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة من اجنبي او من الزوج ووافق الشافعي في احد قوليه فيما اذا كان الواطئ المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصورتها التي زفت الى غير زوجها والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل زوج آخر او في العدة اذا قال ظننت انها تحل لي والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة او كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة او في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك وعدمه قول الشافعي واحمد وما في الغاية من ان الشبهة في المطلقة بالطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب فيها وان قال ظننت انها تحل لي واذا لم يثبت النسب لا يجب به العدة سياتي دفعه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل المرئي منهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الاولى فعليها حيضتان تماما وتحتسب بها من عدة الثاني وللآخر ان يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول لانها في عدة ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها اذا شاء ثم لم يطأها حتى تنقضي عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له ان يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه كذا اذا كانت العدتان بالشهور كالولوا والخلاف مبني

ولكن المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف

علي ان ركن العدة ماذا فعند الشافعي كف النفس عن الحرمات في مدة معينة فاذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات الا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة ويمكن اجتماع حرمات في الشئ الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد باسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهارا للصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستانف الكلام ونقول لاشك انه يثبت عند تمام سبب العدة امور هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها ووجوب التربص في تلك المدة ايضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع ان هذا الوجوب لابد ان يثبت لان ما لحرمة بادنى تامل ويتعلق الوجوب ليس الا فعل المكلف والتربص والامكان الانتظار فهو من افعال النفس فان اردنا تعيينه لم تر انسب به من كونه ترك تلك الحرمات الى انقضاء المدة وترك الشئ لا يخرج عن كونه كف النفس عنه او صيانة ومن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق وحينئذ يكون حاصل يتربصن نهيا عن تلك الامور لانه طلب كف عنها كما جعلوا وذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم ان لزوم الكف لا يتعلق بالمراة الا عند علمها بالسبب اذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم ويكلم هذه المقدمة وهي ان الحكم انما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب المقدمة القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم انها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته اصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في اصل الوجوب على ما عرف او علمت ثم لم تكف اي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى ان تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على ان معنى العبادة تابع كما قال المصنف بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لا تصح العبادة منه فلا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة في الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذوات الاقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها من متعلقات ذلك الحرمات فلا شك ان العدة تطلق على كل من تلك الامور اما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه واما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكر ايضا واما على نفس الحرمات فيتعذر دعواه انها الركن لكن الشان في بيان ان مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة اشهر انه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لانه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام السبب الكلام الا ان ليس فيه واما قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن حتى يبلغ الكتاب اجله فاذا بلغن اجلهن فالاجل ما كان من المدة لتاخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمعنى هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها فلا دليل فيما ذكرنا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التربص واما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي ان المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم حقيقي الا اظاهرا وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني فلما عارضه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل

والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان. وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر من آخر الوطئات لان الوطء هو الموجب

ونحن نقول لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف او الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على انها المدة حقيقة وذلك لان العدة قد تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لان تداخلها واللازم منتف وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاز لازما لتداخل العدة او كان عين تداخلها علذا والله اعلم اقتصر المصنف على كون منعه ما هو الدفع على هذا التقدير ان الكف الواجب لم يجب بحقيقته على وجه العبادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب كونه وجب بجهادة على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على ان البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا او لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع انه لم يتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم انه لم يجب على انه عبادة نعم هو له عرضية ان يصير عبادة فان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع نزوع النفس لذلك احتسابا لله وقصد الطاعة وقع ذلك عبادة لله تعالى لانه يجب القاصرة كذلك لما ذكرنا **قوله** والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها فلو لم تر فيها وما يجب ان تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق لان سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدمنا ان سببها النكاح والطلاق شرط وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى ان يقال لان عدة الطلاق والموت يتم السبب فيعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة **قوله** ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين او يتواضعا عليه ليتزوج اختها او اربعا سواها واذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي ان تتحرى به محال التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدي حيث قال ما ذكر محمد يعني من ان ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد قال محمد وعلى هذا اذا فارقها زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق ويعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغي ان لا يحل له التزوج باختها واربع سواها وقد عرف ان تقييده بالاقرار يفيد ان الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغي ان تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وان سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء انما هو اذا صدقته اما اذا كذبته في الاسناد فلا وكذا اذا قالت لا ادري والحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ ان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد ثم المراد من قوله ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب وان كان غائبا فاتاها موته او طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة واذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تتيقن فيه بموته ولو جعل امر امرأته بيدها ان ضربها فضربها فطلقت نفسها فانكر الزوج الضرب فاقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء او من وقت الضرب ينبغي ان يكون من وقت الضرب ولو طلقها وانكر فاقيمت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء **قوله** او عزم الواطئ بان اخبر بانه ترك الوطء فان الاخبار امر ظاهر فيدار الحكم عليه اما اخر الوطئات فلا تعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون الا بالقول لقوله تركتك وما يقوم

وكان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة لو اعتبرت العدة مع جواز وجود غيره لا تثبت العدة ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره ولو قالت المعتدة قد انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لأنها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها إتمام العدة الأولى لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول إلا أنه لم يظهر حال التزوج فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوجد هذا أنه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها أصلا لأن الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها

متاركة كتركتها وخليت سبيلها أما بعدم المجيء فلا إذ الغيبة لا تكون متاركة لأنه لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لا تكون متاركة **قوله** ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل أي كل الوطآت إلى حكم عقد واحد وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أي لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر كذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة والعزم لم تثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر أنها إذا حاضت بعد الوطء أي وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للأزواج فإن تزوجت ظهر أن ذلك كان آخر الوطآت وإن كان وطئها بعد ذلك عاد هذا التقدير فيقول إن تركها حتى حاضت ثلاثا الخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركك احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لا يحتسب بها ولأن التمكن من الوطء على وجه الشبهة بسبب ذلك العقد أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره أي غير الواطئ وهو حلها للأزواج والخفي لا يعرف الحكم وإذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك إلا بالتفريق أو بالمتاركة صريحا فلا تثبت العدة إلا عندهما واختار أبو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول جماعة من المشايخ وهو لو جاء أنها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى إلا أن اشتراط كونها بعد الترك في الانقضاء **قوله** فالقول قولها مع اليمين لا بد أن يكون محل هذا ما إذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما لأنه إذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا **قوله** كالمودع إذا ادعى رد الوديعة والهلاك وأنكر المودع فالقول قوله في الرد مع أن عليه اليمين إذا كذبه وعكس هذه المسألة إذا قال الزوج أخبرتني أن عدتها قد انقضت فإن كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها إلا أن تبين ما يحتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق فيقبل قولها ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج بأختها لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه **قوله** وإذا طلق الرجل امرأته أي المدخول بها طلاقا بائنا دون الثلاث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر نصف المهر أو المتعة إن لم يكن سمى فيه شيئا وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكملة العدة الأولى وقال محمد لها نصفه أو المتعة وعليها تمام العدة الأولى لزفر أن العدة الأولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لأنه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير أن كمال العدة الأولى وجبت بالطلاق الأول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه **قوله** كما لو اشترى أم ولده أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر غير أن هنا تجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتتداخل العدتان فيجب عليها الأحد والأن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح ولا يجب عليها فيها شيء من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم الولد أعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولد منه أو لا ولد لها منه فإنه تجب عليها العدة بالطلاق ثم يبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فإذا زال بالعتق تظهر حتى تجب عليها تمام العدة الأولى لأنه كان واجبا بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لأنه يستلزم إبطال المقصود من شرعها وهو عدم اشتباه الأنساب فإنه لو كان تزوجها قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للأزواج من غير عدة عن الطلاق وفي ذلك اشتباه النسب وهو أكبر **قوله** ولهما أن الوطء يعني فهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثر هذا القبض بقيام العدة إذ هي أثره فإذا جدد النكاح

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول اصح

والحال قيامه قبضا نابت قبضا التمليك مقام استحداث قبض آخر فكان بحروالعقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ناب ذلك القبض عن تسليم المستأنف ولا يقال اوجب هذا ان يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن جعلنا النكاح الثاني قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل في حق تكميل المهر ووجوب استيناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه في حق جميع الاحكام والا كانت اقامته في حق ترك الاحتياط لان الاحتياط في انقطاع الرجعة الا يرى ان صريح الطلاق بعد الخلوة للاستمتاع ان الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين اقامته مقامه في ثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسائل المبنية على هذه الاصل وهو ان الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني اولا وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا اولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما انه لا يتمكن من الوطي في الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة فيه ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول بل يكون فارا ام لا ورابعها لو تزوجت بغير كفوء ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر وفرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها اتمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسادسها تزوجها صغيرة ولم يدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت ثم اسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وثامنها تزوجها ثم دخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وتاسعها تزوج امة ودخل بها ثم اعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوج امة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم اعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول **قوله** واذا طلق الذمي الذمية او مات عنها فلا عدة عليها فلو تزوجها مسلم او ذمي في فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب في معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم او مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده **قوله** وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة ليس بقيد بل المعتبر ان تصير بحيث لا يمكن من العود اما بخروجها مسلمة او ذمية او مستامنة ثم اسلمت او صارت ذمية لا عدة عليها فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وعنه لا يطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها اي الحربية التي خرجت عنها حرمة العدة وعلى الذمية العدة اما الذمية فالخلاف فيها نظير الخلاف في نكاحهم محارمهم قد بيناه في النكاح اي لاختلاف المشبه وهو غير المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح اهل الشرك اذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز الخ او المراد كل من الاختلافين اما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين وانما قيدنا بالمسلمة لتتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص المهاجرة مسلمة ولو لم تخص بها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك **قوله** بخلاف ما اذا هاجر الزوج مسلما او ذميا او مستامنا ثم صار مسلما او ذميا وتركها فانه لا عدة عليها حتى كان جاز له ان يتزوج اختها واربعا سواها كما دخل دار الاسلام لعدم تبليغ الاحكام اياها في دار الحرب لا لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح اهل الشرك انها حق الآدمي فيخاطب بها **قوله** وله قوله تعالى و

فصل قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا

ولا جناح عليكم ان تنكحوهن بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظني وقوله تعالى يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء في المطلقات فالحاق المتباين بالطلاق قياسا يفيده بما بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا يجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لان التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطئ ولا اشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح واما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان لم يمكن الوطئ مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة فان لم تجب كمال المهر وان اعترفا بعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق ابطال غيرهما وتقدمت هذه في باب المهر وان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة كغيرها لانها ترد الى ايام عادتها فان نسيت ايامها فعدتها ثلاثة اشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما ان يكون الطلاق او الموت في غرة الشهر او في اثنائه ففي الاول يعتبر ثلاثة اشهر في الطلاق واربعة في الوفاة بالاهلة وفي الثاني قال ابو حنيفة تعتبر بالايام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن ابي يوسف رح روايتان

كالقولين آخرهما كقول محمد رح

فصل لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها اخذ يذكر ما يجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من اصل وجوبها **قوله** وعلى المبتوتة يعني ويجب بسبب التزوج على المبتوتة واصله المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا او واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الاقارب ومن يحاج قال محمد في النوادر لا يحل الاحداد لمن مات ابوها او ابنها او امها او اخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل له ولم فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير ازواجهن ثلاثة ايام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي انها لو ارادت ان تحد على قرابة ثلاثة ايام ولها زوج له ان يمنعها لان الزينة حقه فكان له ان يضربها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه **قوله** فلقوله عليه السلام في الصحيحين من حديث زينب بنت ابي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت انما اصنع هذا لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا والحميم القرابة وقد روي بلفظ آخر ووقع فيه مفسرا هكذا لما توفي ابوها ابو سفيان وفي لفظ البخاري فيه فوق ثلاثة ايام ولا يخفى انه لا دليل فيه على ايجاب الاحداد لان حاصله استثناء من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل [illegible] الكلام فيه وما قيل من ان نفي حل الاحداد [illegible] استثناء [illegible] اثباته فيصير حاصله الاحداد على الزوج فانها تحد وذلك يقتضي الوجوب لان [illegible] ما عرف من ان نفي حل الاحداد وايجاب الآخر [illegible] فاستثناؤه استثناء من الايجاب فيكون ايجابا لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فلازم [illegible] كون نفي حل الشيء الحسي نفي له من الوجوب لغة وشرعا فيتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له من الحل ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب وايضا استثناء الاحداد او من ايجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالاول فلذا قال [illegible] ومن هنا ذهب الشعبي والحسن البصري الى انه لا يجب ولكن يحل [illegible]

وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تاسف بفوته
ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح
الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها

ابو داود فى مراسيله عن عمرو بن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة ان تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها وعلى من سواه ثلثة ايام
والحق ان الاستدلال بنحو حديث حفصة فى صحيح مسلم انه عليه السلام قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة
ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا فان فيه تقريبا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمصير محكوما بافادة الاخبار بوجود
تعلمها منه بطريق الحل لظهور افادته فى حديث آخر ولم تحقق ان الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة الى المكلف لا بالنسبة الى ثبوته
شرعا مثلا اذا قال احداد تفعله المرأة افاد الوجوب لا اذا قال تحد ادنا بت مشروعا فانه اعم وسط لا دلالة فيه حديث ام عطية فى الصحيحين
انه عليه السلام قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوج اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس
طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط او اظفار فصرح بالنهي فى التفصيل بمعنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون القطعة والشئ اليسير والقسط والاظفار نوعان
من التبخر رخص فيه فى الغسل من الحيض فى تطييب المحل وازالة كراهته وحديث ام سلمة فى الصحيحين ايضا قالت جاءت امرأة الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها بضم الحاء فقال عليه السلام لا مرتين او ثلثا
كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن فى الجاهلية ترمي بالبعرة على راس الحول قالت زينب كانت المرأة
اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار او شاة او طائر فتفتض به فقلما
تفتض بشئ الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب او غيره والحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت
الصغير قريب السقف حقير وتفتض به ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل اي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر ونحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا
يكاد يعيش ما تفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الافتضاض بالغسل بالماء العذب كالفضة فهو منه والاول احسن **قوله** وقال الشافعي
لا احداد عليها اي على المبتوتة لانها لاظهار التاسف وهو فى الموت لصبره على صحبتها الى الموت بخلاف ابتدائه بطلاقها ثلاثا فانه اوحشها
وعلمه لانها غير راغبة فيه لكان سواء لما قلنا فى محل النزاع نعرف هو ما روى انه عليه السلام انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره
السروجي حديثا واحدا وعزاه للنسائي هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب والله اعلم به ويجوز كونه فى بعض كتبه
وانما هو حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث ابي داود عن ام حكيم بنت اسيد عن امها عن مولاة لها عن ام سلمة قالت قال لي رسول الله
صلى الله عليه وسلم وانا فى عدتي من وفاة ابي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فباي شئ امتشط يا رسول الله قال بالسدر
تغلفين به راسك فالطعن فى اسناده لا يفيد المقصود فانه معتدة فى وفاة ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع اظهار
التاسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ما عينه الشافعي مناسب معتبر فى محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب
المعتبر على الحصر بل فى المحل ايضا اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح التي هي من اسباب النجاة فى المعاد والدنيا فانه منا اهل الحكمة
المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة من النكاح شرعا فتجتنب فى المدة حتى تمتنع
دواعيه دفعا لما يدافع عن اداء الواجب وقد ذكر الصف هذا المعنى ايضا عند قوله وفيه وجهان الى آخر لكن فى الجملة ذكره بعضهم انه علة
اخرى والتحقيق انه حكمة لان المنضبط فوات ما قلنا بخلاف ما هو داعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد فى محل ثبت معه

والبس لدو يقال لا صل ابيه ما لمقتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرنا من اظهار التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا باس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب

وذلك الحكم في المبتوتة ان فقد التاسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التاسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم ان يكون مع بقية للعدة بالنص او معلولا بالآخر فقط لكن منع بان المراد بقوله تعالى لكيلا تاسوا الآية الاسى مع الصياح المفرط مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا **قوله** والحداد ويقال الاحداد فمن الاول يقال حدت المرأة تحد من باب نصر ومن باب ضرب ايضا حدادا وهي حادة ومن الثاني يقال احدت تحد احدادا وهي محدة **قوله** ان تترك الطيب ولا تحضر علة ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه **قوله** وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم تقدم **قوله** والدهن لا يعرى عن نوع طيب الصفرة اتباعا في الدهن به لما فيه من الطيب نفسه وزينة وقد وقع للزيلعي مخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن ام سلمة انه عليه السلام لم ياذن للمعتدة في الاكتحال والدهن فخرج حديث منع الاكتحال ثم قال واما الدهن فغريب فهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فالحقه الحاقا **قوله** قال الا من عذر لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا موكدا عن الكحل التي اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها ولذا قال لها فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء في حديث ام حكيم بنت اسيد عن امها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فارسلت مولاة لها الى ام سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه الا من امر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على صبرا فقال ما هذا يا ام سلمة فقالت انما هي صبر يا رسول الله قال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه احمد وغيره لكن امها مجهولة مطلقا وتمتشط باسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط واطلق الائمة الثلاثة وقد ورد في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل مع الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة فمتى ارادت به معنى الزينة لم يحل واجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي الا لضرورة لحصول الزينة به واجازه الامامان والظاهرية **قوله** العذر كالحكة والقمل والمرض وقال مالك لا يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ يمنعه وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ما ستذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا العصب فشمل منع الاسود **قوله** لانه يفوح الخ يفيد انه اذا كان خلقا لا رائحة له يجوز وفي الكافي قال الا اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا باس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستخلاف بثمنه او من مالها ان كان لها وروى مالك وابو داود والنسائي عن ام سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها

قال وليس على كافرة احداد لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانهما ما فاتتهما نعمة النكاح لتظهر التاسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة

زوجها المعصفر من الثياب ولا المشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل هذا لفظ ابي داود والمشق المغرة ولا تلبس العصب عندنا واجازه الشافعي رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلفت الحنابلة فيه وفي تفسيره وفي الصحاح العصب برد من برود اليمن يصبغ ابيض ثم يصبغ بعد ذلك وفي المغني الصحيح انه نبت يصبغ به الثياب وفرق في الحديث بين الثياب من اليمن فيما يباح وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وجعله الظاهرية كالاحمر والاخضر **قوله** ولا احداد على كافرة لا احداد عندنا على الكافرة ولا الصغيرة ولا المجنونة خلافا للشافعي ومالك رضي الله عنهما لانه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو امرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولذا اشترط الايمان فيه حيث قال عليه السلام لا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كما تعم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن المحرمات الخاصة وعلى نفس المحرمات وعلى مضي المدة على ما عرفنا تحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الاخيرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها من اللبس والطيب فان فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلن او لبسن المزعفر او اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة بالعدة خطاب عدم التزوج بحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتان **قوله** وعلى الامة الحداد يعني اذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وام الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس في الاحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو لزمها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها كيلا يفوت حقه في استخدامها وحق العبد مقدم على حق الشرع باذنه لغناه قال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة فالجواب انها لم تتمحض لقيام الحل والكفاية غاية الامر انه ثبت على وجه احط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا اثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس فواتها موثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل اعتبار فوات نعمة اسباب صونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد ولهذا التقدير يندفع اشكال انه لا يجب الاحداد وهو هذا الحل من الاعلى ما تقتضيه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة الا انه لم يظهر لكونها حازلا حتى لو اقتصا ظهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لانه لها الزينة والطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة **قوله** وليس في عدة ام الولد اي عن وفاة سيدها او اعتاقه اياها وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا لانهن ما فاتهن نعمة النكاح والاصل الاباحة اي اباحة الزينة وهذا لان ما يزول الرق الذي هو اثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة

ولو زارت اهلها او طلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قال فان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه

ويلزمها ان تكتري بيت الزوج واما ان يحل لها الخروج فلا والحق ان على المفتي ان ينظر في خصوص الوقائع فان علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج افتاها بالحل وان علم قدرتها افتاها بالحرمة **قوله** ولهذا اي لان البيت المضاف اليها هو الذي تسكنه لو زارت اهلها والزوج معها او لا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه **قوله** وقال عليه السلام تأييدا لاستدلال بالكتاب بان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري انها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يترك لي مسكنا يملكه ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد فاداني رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بي فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت من شان زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك في الموطأ وابن حبان في صحيحه واخرجه الحاكم عن اسحق بن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هو حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن اسحق وهو اشهرهما واسحق بن سعيد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بان الحديث صحيح فان سعيد بن اسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما ولا يضر الثقة ان لا يروي عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره واعماله واما ما روى الدارقطني انه عليه السلام امر المتوفى زوجها عنها ان تعتد حيث شاءت وقال فيه لم يسنده غير ابي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز ايضا ضعيف وعطاء بن السائب مختلط وابو بكر بن مالك اضعفهم فلذلك علة الدارقطني وذكر الجمع اصوب لاحتمال ان يكون الجناية من غيره انتهى كلامه **قوله** وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ اي فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل لعذر صار الثاني كالاول فلا تخرج عنه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل اليه في عدة الطلاق الى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها مستبدة في امر السكنى حتى ان اجرة المنزل ان كان لا جر عليها فعليها ان تسكن فيه الا ان لا تجد الكرى وتجد ما هو بلا كرى فلها ان تتحول اليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة الى صحن الدار التي فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع اليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة من الدار وتبيت في اي بيت شاءت منها **قوله** ثم لا بد من سترة بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد كيلا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا هذا في الوفاة اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا بأس بالمساكنة بعد استتار الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفي به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على الحرام الا ان يكون فاسقا فحينئذ تخرج لانه عذر والاولى ان يخرج هو وكذا في كل موضع تحقق عذر يبيح الخروج

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها في غير مصر فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس ابتداء الخروج معنى بل هو بناء وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضا لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج **قال** إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لهما أن نفس الخروج مباح دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى

الأولى أن تخرج هو ولعل المراد أنه أرجح فيجب الحكم به كما يقال إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى وبه أو ما قلنا وهذا لأنهم قالوا لو نوت خروجه بأن كشفا وجب لأن تلك هي انتقلت فتعين المكان إليه **قوله** وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة أو غيرها المقصود إذا سافر بها فطلقها فإما رجعيا أو بائنا ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم وإن كان بائنا أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فإن شاءت مضت إلى المقصد وإن شاءت رجعت سواء كانت في مصر أو لا معها محرم أو لا لأنه ليس في ذلك إنشاء سفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بمحرم وبغيره إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج كذا في الدراية وإطلاق المصنف يقتضي أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه أما إن كان مدة سفر فظاهر لأن المضي إلى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما إن كان ما دونها فترجع أيضا لأنها كما رجعت تصير مقيمة وإذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل إلى المقصد فإذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك كذا في النهاية وهو أوجه **قوله** وإذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام فصاعدا فإذا كان دونها إلى المقصد لا تخير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد **قوله** إلا أن يكون استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت أي في جميع الأحوال إلا في حال يكون طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبي حنيفة سواء كان معها محرم أو لا وحاصل وجوه المسألة أنه إن يكون بينها وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على ما في الكافي وعلى ما في النهاية يجب أن يتعين الرجوع أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لأنها باختيار مقابله منشئة سفرا دون اختياره فإن كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون في مفازة أو مصر فإن كانت في مفازة فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت بمحرم أو لا لأن ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا وإن كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لأن ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى بخلاف المفازة فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة في العدة وقالا تخرج وهو قول أبي حنيفة أولا وقوله الآخر أظهر لهما أنها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لأن أصل الخروج مطلق لها إذ جاز لها أن تخرج إلى ما دون السفر بلا محرم فإذا أبطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة إذ الغربة يؤذي ويهان فأشبه المفازة وله أن تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة أولى وما دون السفر إنما أبيح مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول فلأن أصل الخروج مباح وهي ههنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم وإذا تناوله لم يسقط بالمحرم لأنه لا ترتفع حرمة الخروج باعتبار السفر قلت له التحريم بسبب العدة وفي المبسوط لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أو في المواضع التي تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرما بالاتفاق وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة ومثله في المحيط وفيها البدوي طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر في الكلأ والماء فإن لم يتيسر لها في ذلك الموضع في نفسها ومالها ليس له ذلك فإن تعذر عليه ذلك إذ الضرورات تبيح المحظورات والله تعالى أعلم

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به

باب ثبوت النسب اعقبه العدة لان ما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فيعرف كل من الآخر في الحال لا في حال عدم معرفة الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة **قوله** ومن قال ان تزوجت فلانة او امرأة فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها لا اقل لا اكثر فهو ابنه وعليه المهر بدءا من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه بزمان وان لطف كما قيل لانه لا يتخلل بينهما ان خال بل اول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما حققناه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو يخالطها وطيا وسمع الناس كلامها فوافق الانزال النكاح والا كان تجويزا سماع كلامه فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية اثر النكاح اعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما حكي عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضي خان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله اثره فلا يقال مقتضاه ان يكون جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة اشهر وقد عينوا الثبوت فيما اذا لا يكون اكثر من ستة اشهر من النكاح ولا اقل لانا نقول انما يعتبر ستة الاقل لان العلوق صح من زوج قبل النكاح واما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق باليسير وطيا بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان يلزم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر في مدة يتصور ان يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه نفيا في الاحتياط في اثباته والاحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة اشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل اكثر منها وربما يمضي دهر لم يسمع فيها ولادة لستة اشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري اي الاحتمالين ابعد الاحتمال على الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطأها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد او احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة اشهر بيوم يكون من غيره ولا استبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق ان التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة او جني واما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطئا حكما فعليه المهر

لا الاكثر

قال ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا

وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس وهو رواية ابي يوسف مهر ونصف اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فللدخول انتهى وحاشية ابي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه ابو الليث ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا ان ابا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتاكد ذلك الصداق ولا تثبت وجوب الزيادة انتهى وبهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهره في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك لانا لا نثبت وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا نحكم بذلك والا لم نثبت النسب لان الوطء ح في غير عصمة ولا عدة بل نحكم بانه مقارن له او للنكاح فاقل الامر كونه قبله او لا شبهة ذلك وضمير به في قوله فتكمل المهر به لثبوت النسب اعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا بما ذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه في باب المهر من انه لو تزوجها في حال ما يطؤها فعليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكل لمخالفته لصريح المذهب وايضا الفعل واحد وقد انتصف لشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء اما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد صحت فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح ابي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليها الحد ويجب مهر المثل وقالا لا حد عليها قال قد كنت افتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب اصحابنا من مال اليه لم يكن مخطئا ولو جاءت بولد ورثه منصوص من اصحابنا وان حرمت عليه بالثلث فلم يبق النكاح ولا العدة لكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب **قوله** ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ولو لعشرين سنة او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها فان اقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول ابي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة اشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة اشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه اما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر واما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها او بوطئها بشبهة بجواز كونها ممتدة الطهر فان امتد الى اقل من سنتين من مجيئها به او اقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من سنتين يكون رجعة بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة بالطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان في العصمة كما يحتمل انه كان في العدة واحالة الحادث الى اقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر والظاهر الوطء في العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة ارجح من اضافة الحادث الى الظن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة ايضا فانه رجعة معتادة والناس في الرجعة ان يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو انها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض انها لم تكن اقرت بانقضاء العدة وما لم تقر بذلك ولم يظهر تزوجها فانها ابدا في العدة ولان فيه نشأ

والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا فاذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة

نكاح وانقضاء الاول اصل وانتف **قوله** والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب فاذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة وهو حرام قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوي والاقطع والرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب ايضا وهي قوله واكثر مدة الحمل سنتان فان فيها الحقت السنتان باقل من السنتين حتى اثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات اه اقول ان لفظ الحديث اي فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد في البطن اكثر من سنتين وهذا لا يقتضي انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق ان يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه ان يحمل على تقرير ما ضمنه التقسيم من انه يجعل العلوق في حال الطلاق لا انه قبل زواله بالفراش **قوله** الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ المتعلق اي لم يثبت في حال الا في الحال التي هي دعواه لانه التزمه وله وجه وهو كون وطئها بشبهة في العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض له اذ المذكور في الاشتراط في رواية الامام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل وذلك ظاهر في ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما في كتاب الحدود في ان النسب لا يثبت من المبانة في الوطء في العدة ونص في التبيان ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود واجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشيء لان المراد من المذكور هناك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطئها بشبهة والمعتدة عن ثلاث لا تكون ابعد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع بما قلناه لكن يقال ينبغي ان يصرح بدعوى الشبهة العقدية غير مجرد وشبهة الفعل دون المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطئ المطلقة ثلاثا اذا جاءت مطلقا فيثبت عنده فيجب ان لا ينقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل افاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه فيراد توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهو رواية هشام عن ابي يوسف فيجب ان ترد نفقة ستة وقال ابو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شيء لما ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة واقل مدة الحمل ستة اشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وقد اخذت ما لا تستحقه لانها منقضية العدة فترده وابو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فلانها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين احدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين يثبت نسبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينتقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه او يخرج من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والباقي لاكثر ذكره محمد في

قال وان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها تحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها قال ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وقال زفر رحمه الله اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة

شرح المسئلة تزوج امة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لانه
ولد النكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطئها حلال ولا يلزمه الا بالدعوى ولا فرق بين ان يكون الطلقة
بائنة او رجعية وان طلقها ثنتين يثبت نسبها الى سنتين لان وطئها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة
طلقها ثم ملكها والا لم يتصور وطؤها بملك اليمين فاعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد باحد امور ان تكون
هناك اما شهادة بالولادة او اعتراف من الزوج بالحبل او حبل ظاهر كما سيجئ عن قريب قوله فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها
الخ قيل هو مستدرك لان الحبل دليل على انه يجامع مثلها ومنعه ليس بشئ لانه ان كان باعتبار ان الحبل لا يكون بلا جماع فلا شك انه لا يكون
الا بالبلوغ وبعيد ان لا تحبل البالغة الجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت اما قبل الدخول او بعده فان كان قبله فجاءت به لاقل
من ستة اشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يثبت لان الغرض ان لا عدة عليها وما جاءت الفرض
به لا يستلزم كونه قبل الطلاق ليلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان اقرت
بانقضاء العدة بعد ثلاثة اشهر او لم تقر فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان جاءت
به لستة اشهر او اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها للتيقن بكذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع
حبلا فعند ابي حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا وعند ابي يوسف يثبت الى سنتين في الطلاق
البائن والى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال انه وطئها في آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت ما ادعت حبلا فهو
كالكبيرة من حيث انها لا تقتصر انقضاء عدتها على اقل من تسعة اشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لاكثر من
سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه اياها في آخر الطهر وجه قول ابي يوسف انها تحتمل كونها حاملا لفرض انها في سن يجوز
فيه بلوغها لان فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فاشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتي
به الى سنتين واعلم ان قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من انها اذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت ان يقال الى اقل من سنتين هنا وجه
قولهما وهو الفرق ان لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها
بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها فغاية الامر ان يجعل انقضاؤها بمنزلة اقرارها ولو اقرت بالانقضاء
بعد الاشهر الثلاثة ثم جاءت به لاقل من ستة اشهر او الستة لا يثبت فكذلك هنا ان لا يثبت حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر لاكثر
اما اذا كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة فيها لان باقرارها بالحبل حكم ببلوغها قوله ويثبت نسب ولد
المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه ولستة
اشهر لا يثبت فوجهه كوجهه في الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هي انقضاء اربعة اشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع في
بانقضائها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة اشهر او اكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا جاءت به لاقل على ما عرف ونمنع تعين الجهة الا
في مقابل لما كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل فتستمر ما لم تعترف بالحمل قوله واذا اعترفت ظاهر وتقدمت غيره

وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعاً وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط

وإنما لم يثبت إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار وإن كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لأنهن أمينات شرعاً في إخبارهن عن عدتهن فإذا أخبرن لزم إلى أن تحقق الخلاف قطعاً وقوله وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق ووفاة ومما يشتمل أيضاً الآيسة إذا ولدت بعد الرجعي والبائن في كون ذات الأقراء يثبت نسب ما تأتي به لأقل من سنتين في البائن ولأكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة فإن أقرت بانقضائها مفسراً بثلاثة أشهر ومطلقاً في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإلا فلا لأن مطلق إقرارها يحمل على الإقرار لما يطيل الياس هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضي خان أن الآيسة تعتد بالأشهر إذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني **قوله** وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان أو لم يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهراً فيثبت النسب بلا شهادة وإطلاق المعتدة يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضي خان وفخر الإسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الأئمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائناً فقال لو أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً أو تطليقة بائنة ثم جاءت بولد لبعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل ولم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة ما لم يشهد رجلان أو رجل وامرأتان ونحوه قول صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا بمؤيد إلى قوله حتى أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره واتفقوا على تقييد إنكار الزوج وكذا لو وقع إنكار الولادة أو الحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشائخ خراسان لأنها حجة على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياساً على العدد وقوله في جميع ذلك أي فيما إذا كان حبل ظاهراً أو لا أو اعتراف من الزوج أو لا وهل تقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم ولا يفسق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان وفي جامع قاضي خان وعلى هذا الخلاف كل ما لا يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش وإذا تقرر أن النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما قدمنا لأنه ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء وهو واضح والخلاف إنما هو فيما بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولهما قال أحمد وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان وجه قولهما أن الفراش قائم بقيام العدة وهو أي الفراش ملزم النسب فيما تأتي به كما قبل الطلاق والحاجة إلى شهادة المرأة لتعيين الولد فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق واقتصر المصنف على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل فصارت أجنبية والفراش المنقضي ليس بحجة ليصلح مؤيداً للحجة الضعيفة أعني شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشها المستلزمة ثبوت النسب لكونها في وقت يلزم فيه ثبوت النسب شرعاً بخلاف ما إذا كان الحبل ظاهراً قبل دعواها وصدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائماً وقت دعواها الولادة لأن النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن وقيام الحمل ظاهراً واعترافاً وكذا

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه

يؤيد شهادة القابلة به وقولهما لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته وفيما إذا لم تقيد بالنظر بل وقع اتفاقا وهذا ينفي ما قدمناه ومن أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل فالحاصل أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة ونحوها هل تكفي للإثبات أو لا بد من أن يتأيد بمؤيد فالوجه أن يحيل الاستدلال عليه ولما فيه قوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس وأما الوجه الذي ذكراه فتمامه بالفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفع بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه إطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مرسلا مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لأنه مرسل وإنما قلنا لأنه مرسل لأن قول الراوي مضت السنة إنما يكون حكمه الرفع إذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وإن كان بين عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني فقد تظافرا وكفى ما هو حجة به ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة قالوا إذا كانوا أي الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين فيطالب غريم الميت بدينه ومن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة أي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط هو الصحيح لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت أصالة فعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم والله أعلم **قوله**

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح وإن جاءت به لأكثر منها ثبت ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت وكذا إذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال أنه تزوجها والحبل لما فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته وهذا من العم خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفي نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها فصادف الإنزال الطلاق وأجيب عن العم بأن ثبوت النسب هنا لا هناك لحمل أمرها على الصلاح إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج قد زوجت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نفيه نسبته فساد السيالجواز كون عدتها انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لأن معنى السؤال وجد المقتضي وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما ثبت هنا وأنت علمت أن الوجه ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الإمكان مع الاحتياط **قوله** فإن جحد الولادة يعني فيما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحد ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا وإلا يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت به النسب وأثبت به اللعان بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد بالزوجية

وأقله ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي يقدر الأكثر بأربع سنين
والحجة عليه ما رويناه والظاهر أنها قالته سماعا إذ العقل لا يهتدي إليه ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر
منذ يوم اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب
وقته فلا بد من دعوة وهذا إذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت
الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله لأنها لا تحل بملك اليمين ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة

وعند الشافعي ومالك أربع سنين واستدل المصنف بقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل أخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك ثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث وأخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس إني حدثت عن عائشة أنها قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة كل بطن في أربع سنين ولا يخفى أن قول عائشة رضي الله عنها مما لا يعرف إلا سماعا وهو مقدم على المحكي عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ بخلاف الحكاية فإنها بعد صحة نقلها إلى مالك والمرأة تحتمل خطأها فإن غاية الأمر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع في أن الأربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ووجود الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ولقد أخبرنا عن امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وإدراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئا فشيئا إلى أن ضمر بطنها وقامت عن قابلتها من غير ولادة وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روي أن عمر رضي الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه فلما رآه الرجل قال ولدي ورب الكعبة فإنما هو لقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه **قوله** وأقله ستة أشهر بلا خلاف بين العلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا مع تفصيل الفصال في الآية الأخرى بكونه في عامين فيلزم كون الفاضل ستة أشهر وأورد عليه أنه مخالف لما قرره لأبي حنيفة في الرضاع من أن هذه المدة مضروبة لكل من الحمل والفصال غير أن المنتقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها فلنا قدمنا هناك أنه غير صحيح لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين في إطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إضافتين فلعله رجع إلى الصحيح وأجيب بأن هذا دليل ابن عباس ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فنقل لفظه لينبه به عليه وهو ما روي أن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله في عامين فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرأ عثمان رضي الله عنه فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعا وهذا صحيح في نفسه ويفيد تعليله إرادة كون المدة لمجموع الحمل والفصال لأنهما فهموا صحته حيث سكتوا وتبعوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه في الرضاع في ذلك الوجه فلا يفيد فيه التناقض على المصنف **قوله** ومن تزوج أمة فطلقها أي بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه أي ثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيدنا بعد الدخول وواحدة لأنه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن يجيء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها لأنه لا عدة لها ولو بعده والطلاق ثنتان ثبت إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف **قوله** وإلا أي إن لم تجئ به لأقل بل لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه إلا أن يدعيه **قوله** لأنه في الوجه الأول وهو ما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقا على الشراء

قوله ولانه كان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لامة هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه

وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا

جعل كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء اذ لا يظهر عدتها في حقه لانها معتدة والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من اقرب الاوقات لان

فيما زاد عليه شكا واقرب الاوقات ستة اشهر واعتبارا في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة

بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة حرمة

غليظة فلا يحل الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة منياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء بالعلوق من اقرب الاوقات لانه قضاء عليها

بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة

ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فائدة لعدم كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء وان كان

بائنة تثبت الى اقل من سنتين او تمام السنتين لعدم كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق

يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم اعتقها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب

الا ان يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء الا بدعوة وبالعتق ما

زادها الا بعدا منه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حق المالك

وبالعتق ظهرت وحكم معتدة من بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك ولو جاءت به لاقل من ستة اشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وان كان لاكثر

من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ باعها فعند ابي يوسف لا يثبت النسب وان ادعاه

الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة

ظهرت ثمة ولم تظهر هنا ولو اسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه

لاعن ويقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لعان لكن العلوق حادث والاصل في الحوادث ان تضاف

وكذا حرة تحته امة اعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان

احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل احدها ما لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت

احداهما لاكثر من ستة اشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ذكره في الزيادات

وثانيها ما لو قال لها اذا حبلت فانت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق وكذا لو كان هذا في تعليق العتاق

بالحبل وثالثها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى اقرب

الاوقات لثبتت هذه الاحكام اعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما تضاف الى اقرب الاوقات اذا لم يتضمن ابطال ما كان

ثابتا بالدليل او ترك العمل بالمقتضي اما اذا تضمنت فلا حتى عولت على ما قلنا ثم استقريت المسائل ووجدت الامر عليه ففي ثبوت الطلاق

في الصورتين الاوليين ابطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة

بفعل يكون قوله فهي ام ولده بالاجماع لان سبب وجود النسب وقد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة

ترثانه وفي النوادر جعل هذا الجواب الاستحسان والقياس ان لايكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث

باب حضانة الولد ومن احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

بحجة في ذلك بالاجماع اعني باتفاق اصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة اشهر او اكثر لا يثبت لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فيتقيد بالدعوى **قوله** ترثانه الخ فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع الى ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشيء ثبت بلوازمه الشرعية والا لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية **قوله** وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بحرية الاصل وانها ام الولد واذا ثبت كونها حرة هي ام ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم ببقائه ما لم يتحقق زواله **قوله** فلا ميراث لها قال التمرتاشي ولكن لها مهر المثل لانهم اقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها امة بقولهم **قوله** لا في استحقاق الارث فلا يقضي به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث هو من غيره والله اعلم

باب حضانة الولد ومن احق به لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب احوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد **قوله** واذا وقعت الفرقة الخ وهو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها فلحقت او لا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهي احق به وما اذا لم تكن اهلا للحضانة بان كانت فاسقة او تخرج كل وقت وتترك البيت ضائعة او كانت امة او ام ولد او مدبرة او مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة او متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وابت الام ان تربي الا باجر وقالت العمة انا اربي بغير اجر فان العمة اولى هو الصحيح **قوله** لما روي ان امرأة في سنن ابي داود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال انت احق به ما لم تنكحي رواه الحاكم وصححه وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا اراد بجده محمدا كان مرسلا واذا اراد عبد الله كان متصلا فما لم ينص عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله والحواء اسم لكل شيء يحوي غيره والاحوية جمعه **قوله** ولان الام اشفق عليه ابدا الحكمة في خصوص هذا الشرع وانما كانت اشفق لانه كان جزءا لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وقدرت على الحضانة لتبتلها بها والرجل قدر على الاكتساب فاذا حبلت نفقته عليه اذا لم يكن له مال وجعل عندها **قوله** واليه اشار الصديق الخ يشير الى ما في موطأ مالك ثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر فركب يوما الى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فاخذه بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فادركته جدة الغلام فنازعته اياه فاقبلا حتى اتيا ابا بكر فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال ابو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق وزاد ثم قال ابو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله والدة عن ولدها وفي مصنف ابن ابي شيبة ثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن ابي الاقلح فتزوجت فجاء عمر فاخذ

والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها

ابنه فادركته شموس ام ابيه عاصم الانصارية وهي ام جميلة فاخذته فترافعا الى ابي بكر فقال خل بينها وبين ابنها فاخذته ولابن ابي شيبة ايضا عن عمر انه طلق ام عاصم ثم اتى عليها وفي حجرها عاصم فاراد ان ياخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى ابي بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه **قوله** والنفقة على الاب على ما نذكره في باب النفقة وهذا اذا كان حيا وان كان ميتا فعلى ذوي الرحم الوارث على قدر المواريث **قوله** ولا تجبر يعني اذا طلبت الام فهي احق به فان ابت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعي واحمد والثوري ورواية عن مالك وفي رواية اخرى وهو قول ابن ابي ليلى وابي ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره ابو الليث والهندواني من مشائخنا لان ذلك حق الولد قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي هي ممن ترضع فان لم يوجد غيرها او لم ياخذ الولد ثدي غيرها اجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى فاذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب او محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى ان تعجز عنه لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد ان يكون عند امه ما كان اليها محتاجا انتهى لفظه فافاد ان قول الفقيهين جواب الرواية واما قوله تعالى فسترضع له اخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت احق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا ان لا يوجد من يرضعه فتجبر **قوله** فان لم تكن اي لم تكن له ام تستحق الحضانة بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او ماتت فام ام الولد اولى من كل احد وان علت وعن احمد ام الاب اولى واستضعف بان ام الام تدلي بالام وهي المقدمة على الاب فمن يدلي بها اولى وادا احق ممن يدلي به فان لم يكن للام ام فام الاب اولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة والخالة اولى منها وعن مالك الخالة اولى من الجدة لاب لما في الصحيح ان عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق بها هي ابنة عمي وقال زيد بنت اخي وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلي انت مني وانا منك وقال لجعفر اشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد انت اخونا ومولانا ورواه ابو داود وقال فيه انما الخالة ام ورواه اسحق بن راهويه وقال بعد قوله واما انت يا زيد فاخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة او غيره الا ان السياق افاد ارادة الاول فيبقى اعم من كونه في ثبوت اصل الحضانة او كونها احق به من كل من سواها ولا دلالة على الثاني والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها احق من احد بخصوصه اصلا ممن له حق في الحضانة لكونها

فيبقى المعنى الذي بيناه بلا معارض وهو ان الجدة ام ولهذا تحرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولادة ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم يكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين وا... اولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة اولى من غيرها والتي لام اولى من الاخت لاب وعنه الاخت لاب

لما روينا ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا فلا نظر **قال** إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قام مقام أبيه فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيبا لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والأب أقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى وعن محمد رح أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة

الخالة وفي رواية كتاب الطلاق الخالة أولى من الأخت لأب لأنها تدلي بالأم وتلك بالأب وفي رواية كتاب النكاح الأخت لأب أولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلي بالأم على المدلي بالأب عند اتحاد مرتبتهما فقط فعلى رواية كتاب النكاح يدفع بعد الأخت لأب إلى بنت الأخت الشقيقة ثم إلى بنت الأخت لأم ثم إلى بنت الأخت لأب ثم إلى الخالة الشقيقة ثم إلى الخالة لأم ثم لأب ثم العمات على هذا الترتيب ثم إلى خالة الأم لأب وأم ثم لأم ثم لأب ثم إلى عماتها على هذا الترتيب وخالة الأم أولى من خالة الأب عندنا ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين أن أولاد الأخوات لأب وأم أحق من الخالات والعمات وأن الأخت لأب أو لأم أحق من ولد الأخت الشقيقة وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لأن بنت الأخت تدلي إلى من له حق الحضانة وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية **قوله لما روينا** وهو قوله عليه السلام ما لم تتزوجي والنظر للطفل والشفقة نظر للبعض ولو ادعى أن الأم تزوجت وأنكرت فالقول لها ولو أقرت بالتزوج إلا أنها [illegible] الطلاق [illegible] فإن لم تعين الزوج فالقول لها وإن عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج **قوله فاختصم** المقصود أنه إذا لم يكن للصغير امرأة من أهله ووجب الانتزاع من النساء أخذه الرجال وأولاهم أقربهم تعصيبا لأن الولاية عليه بالقرب وذلك إذا استغنى عن الحضانة كان الأولى بحفظه أقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه أنه في الفرائض وأولى العصبات الأب ثم الجد أب الأب وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الأب ثم لأب فأما أولاد الأعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب لا تدفع الصغيرة إليهم لأنهم غير محارم وإنما يدفع إليهم الغلام وإذا لم يكن للصغيرة عصبة يدفع إلى الأخ لأم ثم إلى ولده ثم إلى العم لأم ثم إلى الخال لأب وأم ثم لأب ثم لأم لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة رح في النكاح ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات ولا تدفع الأنثى إليه ولو كان في المحارم من الإخوة والأعمام من لا يؤمن على الصبي أو الصبية لفسقه ليس له حق في الإمساك الكل من الكافي وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كإخوة وأعمام فأصلحهم أولى فإن تساووا فأسنهم وفي الفتاوى الصغرى فإن لم يكن عصبة فإلى ذوي الأرحام على الترتيب **قوله حتى يأكل الخ** الذي في الأصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضمه المصنف إلى ما تقدم وفي نوادر ابن رستم يتوضأ وحده وذكر شمس الأئمة لا بد من أن يستنجي وحده ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة وإن لم يقدر على تمام الطهارة **قوله والخصاف رح قدر الاستغناء** بسبع سنين وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لا ما قيل إنه يقدر بتسع لأن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغها وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع وإلا فلا **قوله وعن محمد رح** إنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة وهي رواية هشام وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن أبي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة ليبني عليها

ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حد الشهوة وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا

اخذ الاب وثبوت حد الشهوة المصاهرة قالوا ابنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا قوله ومن سوى الام والجدة يعني الجدتين من قبل الام والاب قوله لانها لا تقدر على استخدامها شرعا وتعليم اعمال النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب وانما يحصل بالاستخدام بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليها شرعا ولذا جاز ان يؤاجرها قال الحاكم الجليل الشهيد وان كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورايها وامرها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث احبت في مكان لا تخوف ثبت
عليها قوله والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه احق به منها وان كان حرا كانت احق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى اعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي امة فالولد لمولاها وهو اولى به من الاب لانه مملوكه وان كان الزوج حرا اذ ان كان الزوج حرا ولم يفارق امه فالمولى احق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين امه للنهي عن ذلك وذكر في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان بعده فهي اولى به لدخوله تحت الكتابة قوله او يخاف بالرفع عطفا على ما لم يعقل وفي بعض النسخ او يخف بالجزم عطفا على ما لم يعقل وتمنع ان تغذيه الخمر ولحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب ايضا على معنى الا ان يخاف فلا شك في قوله لا لمنافاة او لتفسيره حينئذ ولكن هذا في او لا الواو وقال الشافعي واحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وابي ثور وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم وحاصله ان الانظر للصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا قوله ولا خيار للغلام يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب احق به كسبع مثلا اخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع او ثمان وعند احمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر رد اليه فان عاد فاختار الاول اعيد اليه هكذا ابدا قال في المغني وهذا لم يقل به احد من السلف وفي المستدرك ولا يخير ويكون عند الام قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم خير اخرج الاربعة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين ابيه وامه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وانا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر واجاب عن الحديث بوجهين احدهما انه مرحوم بدعاء ان يوفق الاختيار الانظر على ما رواه ابو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع بن سنان انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فجاءت بابن لها صغير لم يبلغ فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب ههنا والام ههنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى ابيه وفي لفظ آخر انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي فطيم وقال رافع ابنتي فاقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية واقعد الصبي ناحية وقال لها ادعوها فمالت الصبية الى امها فقال

فصل وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الإضرار بالأب إلا أن تخرجه إلى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا

ثم اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة وأخرج ابن ماجة والنسائي في سننه من إسمعيل بن إبراهيم بن علية ثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة أن أبوين اختصما في ولد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه إلى الكافر فقال اللهم اهده فتوجه إلى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين في أنه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روي من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده عن أبويه اختصما فيه رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لأن عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون ولو صحت لأمكن أن يحمل خلاف الرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر وهم ثقات وهو وأبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وأفاد أن المراد بقوله عن أبيه عن جده جد أبيه قال فإنه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان ونحن نقول إنه إذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر فتخيير عمرو وأم مع وأبيه ويجب لعدم اعتبار مظنة الأنظرية وهو فيما قلنا ثانيهما أنه كان بالغا بدليل الاستغناء من بين إلى تقدمه من دون البلوغ لا يرسل إلى الآباء [illegible] عليه من السقوط [illegible] ونحن نقول إذا بلغ فهو مخير بين أن ينفرد بالسكنى وأن يكون عند أيهما [illegible] الأب اعتبار النفس [illegible] والأنفقة إلا إلى الآن تتطوع أما الجارية فإن بلغت بكرا ضمها إلى نفسه لأنها غمرة لعدم ان بلغت ثيبا ولها أن تنفرد بالسكنى إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها إليه وكذا الأخ والعم والغم إذا لم يكن مفسدا فإن كان مفسدا يضعها القاضي عند امرأة ثقة ولهذا صح أن الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا استدلالا بما تقدم مع قصة عمر مع أبي بكر بما أسنده عبد الرزاق عن عمر أنه خير ابنا [illegible] محمول على أنه عرف ميل الابن إلى الأم وهي في الواقع حق الحضانة فأحب تطييب قلب الأم من غير مخالفة للشرع ويدل عليه ما تقدم أنه لم يراجع أبا بكر الكلام والجواب أن عدم [illegible] ليس دليلا إلا أن [illegible] وحكم من رآه أن خالفه رأي المحكوم عليه فالوجه ما ذكرناه ليوافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] الباب

فصل إذا ثبت حق الحضانة للأم فأرادت أن تخرج بالولد إلى بلد آخر [illegible] لأن حق السكنى له بعد انقضاء العدة خصوصا [illegible] وإن كانت بائنة [illegible] البلد التي تريد الخروج إلى بلدها وقد وقع العقد فيها [illegible] الأول ليس للأب منعها وإن لم يكن [illegible] أو ذمي وإن كانت هي [illegible] كان كلاهما مستأمنا جاز لها ذلك [illegible] ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها التابعة [illegible] ولو كانت الأولى [illegible] بأن تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له أولادا [illegible] فإن أخرجهم بإذنها ليس عليه أن يجيء بهم [illegible] وفي الثاني [illegible] مصرا ولم يعقد فيه أو عقد فيه وليس [illegible]

قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان اردت النقل الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشارة في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذه رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد والاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لابد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر فلا بأس لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

الى مصر قريب بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد امكنه ان يبيت في اهله او قرية كذلك وكان العقد في قرية لانه كالانتقال من دار الى دار في حارة وان لم يكن العقد في قرية بل في مصر فليس لها اخراجه الى القرية هذا فيما بين الاب والام اما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل بالولد الى مصرها لانه لم يكن بينهما عقد وكذا ام الولد اذا اعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وام الولد ولنتكلم على فصول الكتاب **قوله قال عم** في مسند ابن ابي شيبة ثنا المعلى بن منصور عن عكرمة عن ابراهيم الازدي عن عبد الرحمن بن الحارث بن ابي ذباب عن ابيه ان عثمان رض صلى بمنى اربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تأهل في بلدة فهو من اهلها يصلي صلوة المقيم واني تأهلت منذ قدمت مكة ورواه ابو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من اهله وانما اتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدي

قوله ولهذا يصير الحربي به ذميا ظاهره ان بالتزوج يصير الحربي ذميا ووقع في الكافي بانه خلاف الصحيح بل لا يصير الحربي بالتزوج في دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود وانما ذلك في الحربية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما فانما يصح حمل الحربي على ارادة الشخص الحربي فيصح مرادا به الحربية وتجويزا ان يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لو سبق الكلام له وفي النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اصل **قوله** وان ارادت الخروج بقوله فهو منهم وما ذكر هنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا لا حاجة الى تكلف توجيه بما قلنا وبغيره وتحمل المراد به مع انه لا يصح لان مرجع الضمير ان كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الا ان يستتبع بتزوجه المرأة الحربية على صيرورته من اهلها والحال ان صيرورتها كذلك لامر يخصها لا يوجد في حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته **قوله** اشار في الكتاب اي القدوري وقيل المبسوط والاول اولى لانه معتاد المصنف ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا ان يخرج بها الى وطنها يفيد ان غيره داخل في الحظر والذي وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق اي من الاصل وفي العكس وهو ما اذا ارادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات **قوله** كما يوجب البيع التسليم في مكانه اي اذا كان المبيع في ذلك المكان لا مطلقا فان في الفتاوى من باع شعيرا والشعير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء سلم في مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار **قوله** فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم **قوله** تفاوت اي لبعد وفي عكسه وهو ان تنتقل من المصر الى القرية الخ اذا كانت القرية قريبة الا اذا وقع العقد فيها وهي قريتها فلها ذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي شرح الطحاوي ليس لها ذلك بخلاف ما هناك او لأن الاول هو المنصوص ذكره الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد اذا كان اصل النكاح في رستاق ولها قرى متفرقة فارادت ان تخرج من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة بعضها من بعض بحيث لو كان ذلك يقدر الابن على ان يراه من ابيه اذا اراد وان يتبعه اليه من يومه واذا ارادت ان تخرجه من مصر

باب النفقة

قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة وتعتبر في ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي رح يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط

اي قرى فان كانت قريبة منها فليس لها ذلك الا ان يكون النكاح واقع في تلك القرى وفيه ايضا وليس للمرأة ان تشتري لولدها دابة و

الكانت احق به الا ان يكون وصية والله سبحانه اعلم

باب النفقة النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت او من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشري ان كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفي ونفد وفي الشرع الادرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هي الاصل في ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير الوالدات المتقدم ذكرهن قيل هي الزوجات وقيل هي المطلقات والاول هو الظاهر وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وقال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقال عم في خطبته بعرفة في حجة الوداع كما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل في الحج فاتقوا الله في النساء فانهن عوان واخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفي الصحيح ان هندا ابنة عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني الا ما اخذت من ماله بغير علمه فقال عم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك والاحاديث كثيرة في الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبي رح من قوله ما رأيت احدا اجبر على نفقة احد يجب تأويله والله اعلم بصحته **قوله** وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره اي المنفعة ترجع الى غيره كانت نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما اخذت اما لو انفقت عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فتزوجت منه ان لم يقر بان الحبل منه كان النكاح فاسدا عند ابي يوسف وعندهما يصح فتستحق النفقة وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما ايضا لانه ممنوع عن وطئها ولو اقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم اصله في المحرمات والله اعلم **قوله** اصله العامل في الصدقات والمفتي والوالي والقاضي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا اقاموا بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات ممنوعات عن الاكتساب فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن او لا ولو غنيات وقوله اذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطا لازما في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطلب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة ايضا وان كان [illegible] فلا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية [illegible] القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ ابي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها [illegible] بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرجع الى المذكور وهو انه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي تجب [illegible] حبسها ولكنه رضي بجلسان عنه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها **قوله** وعليه الفتوى اختاره [illegible] الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رح وقال في التحفة انه الصحيح والخصاف يوجب نفقة اليسار في يسارهما والاعسار في اعسارهما وانما [illegible] الخلاف في الاختلاف كما اذا

وهو الواجب به يتبين انه لا معنى للتوزيع كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله على الموسر مدّان وعلى المعسر مدّ وعلى المتوسط مدّ ونصف مدّ لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعًا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائتًا وان نشزت فلا نفقة لها

كانت موسرة وهو معسر فعليه نفقة المعسرة والواجب فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية تجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسرا وما اذا اتحدا وجوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى ان يقول فان كان احدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها وتمامه ان يقول ولا اعتبار بحاله فقط يعني اذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالها فيلزم اعتبار حالهما ويرد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة او لا والمعسر معسرة كانت او لا فاعتبار حالها زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز واقاد المصنف دفع هذا بقوله واما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في القدر الذي يجب لها والحديث افاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث افاد باعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بان يكون الواجب عليه اكثر مما اذا كانت موسرة وهو معسر يكلف قدر حاله فبالقدر الذي هو الباقي في ذمته الى ان نقول يجوز عليه بان نعت باكان موسرا فلم ينفق على حاله واطلق لها ان تأخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه الآية اما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على الا ان هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انها ليست مسلوكا بها مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر وان قوله تعالى متاعا بالمعروف الآية يفيد بالقدرتين اي على الموسع قدره مع قدرتها وكذا الآخر وهذا لان المعروف ان لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة قوله وهو الواجب اي الوسط هو الواجب ابدا اعتبارا بحالها وقد يقال لا يمشي على جميع اقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في اوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا هو الوسط واما في يسارهما فيمكن ان يقال يجب نفقة هي وسط في اليسار واما في اعسارهما فيجب ايضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان اعسارهما نهاية في الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله وحالها لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله عليه السلام خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليسارهما حتى انه احسانا داعسارهما المعروف دون المتوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت واعتبار حالهم باليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مأدوما قوله لان ما وجب كفاية الى آخره يعني شرعا تتقدر لانه يختلف باختلاف الطبائع واحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط وكل جواب عرفته من اعتبار حاله او حالها في النفقة فهو الجواب في الكسوة في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في العسرة كذا في الاصل واشار شيخ الاسلام الى ان القول قولها ... وهو ما ذكره محمد ... من قال ينظر الى زيه ونزيها الا في العلوية ونفقتها واذا كان القول قوله وله بينة لها فسألت القاضي ان يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي فان فعل فاتاه

حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف
ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها

عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا ان يخبره بذلك عدلان فيعمل على ذلك فيكونان بمنزلة الشاهدين فان اخبراه من ورائه لم يؤخذ بقولهما فان
اقامت البينة انه موسر واقام الزوج انه محتاج اخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم **قوله** حتى تعود الى منزله يفيد ان النشوز المسقط
لسقوط النفقة المأخوذ فيه خروجها من منزله والتحرير ان المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان بعد خروجها او امتنعت ان تجيء
الى منزله ابتداء بعد ايفائه معجل مهرها او عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل ان تسأله ان يحولها
الى منزله او يكتري لها منزلا فان كانت ساكنة في ذلك لتنتفع بملكها فابى فمنعته الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن
في ارض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي الفتاوى النسفي لو كان بسمرقند وهي بنسف فبعث اليها اجنبيا ليحملها اليه فابت لعدم المحرم لها النفقة **قوله** لا يستمتع
بها اي لا توطأ وصرح في الذخيرة بان المراد من الاستمتاع الوطء وبه قيد الكرخي **قوله** لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى
ان تصير الى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج او الاب واختلف فيها فقيل اقلها سبع سنين وقال العتابي اختار مشايخنا تسع سنين
والحق عدم التقدير فان احتمالها يختلف باختلاف البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت
في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا اما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فمرجع الضمير الوالدات فلا تتناول الصغائر
واما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحقها ولم يعين فيه مستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه
لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن الا يرى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه
واما حديث جابر فقوله وهم فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ونقول لا يحل فرج من لا
تطيق الجماع فانه اهلاك او طريقه ولو سلم فالاتفاق على ان عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فيجوز تخصيصه بعد ذلك
بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة اجنبية فاستحقاقها النفقة اما ان يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره الحاقا
للملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة او للاحتباس لها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج اعني الوطء او دواعيه او للاحتباس مطلقا
لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا ان يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه فهو موجود في الناقص
فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على احد الاوجه التي ذكرناها وسنورد ها وجها وجها والمهر عوض الملك
هنا المهر فلا يكون النفقة ايضا عوضا والا اجتمع من المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو
تزوجها على الف وعبد لان الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت ايضا كذلك وذلك المهر والنفقة
لا انما تجب شيئا فشيئا ولو كانت جزأ من العوض لزم جهالة احد العوضين فانما تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا الى بقائه
وهذا طريق السعود وعلى هذا يجب ان يقول النفقة في المرقوقة ايضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي
من جملته الوطء ان امكن لا الملك وهذا حق الا يرى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لتناقضه بالناشزة ولا ما قبله لعدم
انتفاء الدواعي بانتفاء كونها ممن يوطأ واما الثاني فهو المسئلة لظهور اثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم
وانما لم نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لئلا يكون مبطلا الشبهة المناسبة لظهور الاثر في الامة والسيرة وانما هو في الحقيقة ابطالها

امرأة

وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لأن التسليم تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف أن لها النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ولكن يجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأنه لم يصح التسليم

عليه ما عينا لظهور أثره والطفل ما عينوه بهذا وقد تعلق بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها فإن لهن النفقة ولا يمكن للوطء أجيب بأن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود فيهن لأنه يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فإنها لا تكون مشتهاة أصلا فلا يجامع فيما دون الفرج حتى أن كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل إذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وعلى هذا بين قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لأنها إذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج نعم يأتي وهو أن قولنا صغيرة التي لا توطأ شملها بل معناه لا تشتهى للوطء أو لا تطيق الوطء فإن كان الأول فالملازمة حقة وإن كان الثاني فإن ثبت التلازم بين عدم الإطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك وإلا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الإطاقة مطلقا ولأن واحدا ممن يطيق الوطء فالظاهر أن من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة فإن لم تطقه من خصوص زوج مثلا تجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها النفقة وفي خزانة الفقه للفقيه أبي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة إذا لم يكن لها عليه مهر وإذا اغتصبها غاصب فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها والأمة إذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة **قوله** وإن كانت صغيرة إلخ ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بأن كانا صغيرين لا يطيقان فلو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا وفي الذخيرة لا نفقة لها وأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا يستحق النفقة وعن هذا قلنا إذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها النفقة ولا يخفى إمكان عكس هذا الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فيجب إلخ والتحقيق أن النفقة لا تجب إلا بالتسليم لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرة وتجب في الكبيرة تحت الصغير **قوله** وعن أبي يوسف أن لها النفقة أي في صورة حبسها وغصبها لأنه لا منع من جهتها واختاره السغدي والفتوى على الأول وهو قول محمد لأن النفقة عليه عوض عن احتباسه إياها لغيره إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فيجب مع فواته فإذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن تقديره قائما ففات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره ما لو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الأجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لأنه بيد المستأجر ولم يكن من جهة الآجر بخلاف ما لو حبس ظلما أو في حق لقدرته هو على إيفائه أو لا لقدرته أو هرب أو ارتد أو سلمت وأبى هو الإسلام أو طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لفوات التمكن من جهته حقيقة أو معنى وإن لم يكن لها حق فيه **قوله** وكذا إلخ أي لا نفقة لها إذا خرجت مع محرم بخلاف ما إذا حجت مع الزوج فإن لها النفقة اتفاقا **قوله** لأن إقامة الفرض عذر قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت إنما يجعل باقيا تقديرا إذا كان الفوات من جهته ثم إذا وجبت عليه قالوا يجب نفقة الحضر بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة تحققها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه **قوله** لما قلنا أي من أن نفقتها هي المستحقة وأجمعوا على أن الصوم والصلاة لا يسقط النفقة **قوله** ويمسها أي ويمسها استمتاعا ويدخل في مسها لذلك الجماع فيما دون الفرج

قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه **قال** وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

والقبلة وغيرها فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستيناس والله اعلم

قوله قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولا يخفى ان اشارة الكتاب بهذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقدمنا انه مختار بعض المشائخ ورواية عن ابي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهي الاصح تعلقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسن لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن ابي يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستيناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت او جنت او اصابها بلاء يمنع عن الجماع او كبرت حتى لا تستطيع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع او بها رتق يمنع الجماع او قرن كان لها النفقة وقال الحلواني اذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا التقييد للاول قال في الخلاصة لو كانت مريضة وسلمها زوجها او لا قبل الدخول او بعده تجب وفي الاقضية لو كانت محرمة او رتقاء او قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء اصابتها هذه العوارض بعد ما انتقلت الى بيت الزوج او قبله فيما اذا لم تكن مانعة نفسها هذا جواب ظاهر الرواية عن ابي يوسف لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤها قبل ان ينقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى اهلها اما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لا يردها الى اهلها انتهى كله من الخلاصة وبه يظهر لك ما حكيناه من تخيير اختيار قول ابي يوسف ثم عن ابي يوسف في التي مرضت في منزلها اذا تطاول مرضها تجب كالرتقاء **قوله** وتفرض على الزوج النفقة الخ قال المص والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متأمل ان التكرار ليس بلازم اصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزوم له فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها ان تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة يفرض اذا طلبت فافاد ما قلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذي يلي الانفاق الا اذا ظهر عند القاضي مطله فح تفرض النفقة ويأمره ان يعطيها لتنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وقيد اليسار اثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الاصلح والايسر ففي المحيط فيما لو ابى عليه ان يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على ان عليه ان يعطيها معجلا او يعطيها كل يوم عند المساء من اليوم الذي يلي ذلك ليتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر او من الدهاقين فنفقة سنة بسنة او من الصناع الذي لا ينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه اكثر من قدر حاله له ان يمتنع من اعطاء الزائد وفي الاقضية يفرض الادام ايضا اعلاه اللحم وادناه الزيت واوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الادام الا اذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك الى عرفهم ويعتبر فيها على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح

ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا تفرض لاكثر من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح

وغيره وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستاجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما ان ينقله الزوج لها او يدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج وفي الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين ان يكون حيضها عشرة ايام فعليها او اقل فعليه واجرة القابلة على من استاجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استيجار فلقائل ان يقول عليه لانه مؤنة الجماع ولقائل ان يقول عليها كاجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها من نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة واذا لم يتقاصا وتفرض الكسوة في كل ستة اشهر الا اذا تزوجها وبنى بها قبل ان يبعث اليها الكسوة فان لها ان تطالبه بها قبل مضي ستة اشهر والكسوة كالنفقة في انه لا يشترط مضي المدة وللزوج ان يدفع الى القاضي ليامرها بلبس الثوب لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة ستة اشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك لم يكفها فيجدد وتبين خطا في التقدير وان تخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها اخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة اشهر تفرض لها اخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة او بقي منها شيء في الشهر الآخر ايضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي ادب القاضي للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عرفه وليس فيه ذكر الخف والسراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكر محمد اصلا قال السرخسي لم يوجب محمد الازار لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجب لها المكعب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسه في البيت والقاضي ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري ارخص ما يكون مما يدفئها في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم فذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا ان القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه وينبغي ان يكون لها فراش على حدة ولا يكتفي بفراش واحد لهما لانه قد تتفرد في الحيض والمرض وفي الاثر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا ارسل ثوبا فاختلفا هدية وقال من الكسوة فالقول له فان اقام البينة على اقرار كل منهما بدعوى الآخر او على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة او قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة

قوله ووجهه ان كفايتها الخ ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها او اعم منه قال بعضهم المملوك فلو لم يكن لا يستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حرة كانت او امة لها او لغيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم وبنات الاشراف ويوافقه ما قيد به الفقيه ابو الليث كلام الخصاف حيث قال في ادب القاضي فرض ما تحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا اخبز ولا اعجن ولا اعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج ان ياتي بمن يكفيها عمل ذلك قال الفقيه

وقال أبو يوسف رحمه الله تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى اثنين ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في الكتاب إذا كان موسرا إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي رحمه الله يفرق

هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يكفيها وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الإدام وهو الصحيح وقالوا إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره أيضا إن شاء الله تعالى **قوله** وقال أبو يوسف لخادمين وهكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب **قوله** ولأنه لو تولى الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الأقضية ولو قال الزوج أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن أبي يوسف في رواية أخرى إذا كانت فائقة في الغنى زفت إليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي **قوله** خلافا لما يقوله محمد وهو أنه إذا كان لها خادم يفرض لها لأنها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا وجه الظاهر أنها حيث تكتفي بخدمة نفسها وإنما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه إلا حالة اليسار لأن المعسر إنما يلزمه أدنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكرنا من لزوم اعتبار حالهما وأنه عند إعساره وهما ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا يجب لها نفقته لأن استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها إلى نفقة الخادم إنما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغازي إذا شهد الوقعة بلا فرس وأعني الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله أعلم ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا وفي التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهري فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لأنك استخدمتهم فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لأنه بأمرها **قوله** ومن أعسر بنفقة امرأته الخ بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد وابن أبي سليمان والظاهرية ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاف الشرى بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج ويقول الشافعي قال مالك وأحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد وطلاق عند مالك ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ ومن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضرا أما إذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الأمر إلى القاضي فكتب القاضي إلى من يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الإمام أبو الحسن السغدي نعم إذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة في هذا الجواب نظر فالصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه والصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الإمام الأستروشني فتكون الشهود شهدت مجازفة فلا يقضى بها كما ذكر ظهير الدين واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بسبب فقده وهو أن تتعذر النفقة عليها قال القاضي أبو الطيب من الشافعية إذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قال في الحلية وله وجه جيد فلا يلزم سجه ما قال ظهير الدين قوله لانه عجز الخ استدلوا بالمنقول والمعقول اما المنقول فما في سنن النسائي عن ابي هريرة عن النبي عم وساق الحديث الى ان قال وابدأ بمن تعول فقيل من اعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني وولدك يقول الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن ايوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن اسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني ثنا ابو بكر الشافعي ثنا محمد بن بشير بن مطر ثنا شيبان بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث قال الدارقطني حدثنا عثمان بن احمد السماك وعبد الباقي بن قانع واسمعيل بن علي قالوا اخبرنا احمد بن علي الخزاز ثنا اسحق بن ابراهيم الباوردي ثنا اسحق بن منصور ثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عنه عم مثله وقيل سعيد بن منصور ثنا سفيان عن ابي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ايفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته عم وغايته ان يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وانتم تقولون بالمرسل مطلقا واما المعقول والقياس على الجب والعنة بل اولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت وايضا منفعة الجماع مشترك بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها اولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا اعسر بنفقته قوله ولنا المنقول والمعنى اما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة ان تكون دينا في الذمة وقد اعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانتظار بالنص واما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان التأخير اولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا نفقة المملوك تصير دينا على المالك وتخليص المملوك في الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت ام ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه واما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فهي على النصف من الرجل قال ربيعة عن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثا قال ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعا من اصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوي لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن ابي هريرة موقوفا عليه هذا

احالة الغريم على الزوج فلا اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكدة وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض

بعد تسليم صحته والا فقد روي عن سعيد كقولنا فاضطرب المروي عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر واما المروي عن ابي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في ان رفعه غلط وانما هو من قول ابي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة قال قال رسول الله عليه السلام افضل الصدقة ما ترك غنى وفي لفظ ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة اما ان تطعمني واما ان تطلقني ويقول العبد اطعمني واستعملني ويقول الولد اطعمني الى من تدعني قالوا يا ابا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة فثبت انه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول ابي هريرة هذا ما يدل على ان الزوج يلزم بالطلاق فكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على احد الامرين عينا وهو الانفاق على ان هذا لو سلم انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد الى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل واشهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغي ان يبدأ بنفقة العيال والا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا واما ما تقدم من رواية الدارقطني عن ابي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث ابي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ورواية ذكره ابن القطان في الوهم والايهام **قوله** احالة الغريم على الزوج اي وان لم يرض الزوج وفي التحفة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين ان ياخذ دينه من الزوج او من المرأة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين ان يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه معنى وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة اخرى وهي انها لا تسقط بموت احدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وفي شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر او اخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس الابن او الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر اولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب **قوله** تمم لها نفقة اليسار بهذا مشى عليه ايضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بانه نوع تناقض وان ما ذكره اول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله او حالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها ان تطالبه ان تزيد في الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج ان ينقص **قوله** وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وجد تقديره وقد زال فيزول بزواله **قوله** لم ينفق الزوج عليها بان غاب عنها او كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقتها لا تثبت دينا في ذمته الا بقضاء القاضي بفرض او اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينا اذا لم تعطها وهو رواية عن احمد وفي رواية اخرى وهو قول مالك والشافعي يصير دينا عليه الا اذا كانت اكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الاصح **قوله** لانها صلة اي من وجه **قوله** ليست بعوض اي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه

وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رح تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها بشيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رح وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد رح انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد

وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح امر المعيشة والاستيناس هي عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وامور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقيم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها او اصطلحا لان ولايته على نفسه اعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار الجهة الاخرى قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء او اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكانه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ اصلا وهذا حق وقد تم الوجه وقوله في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة في وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل ان يقول ينبغي ان تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة لحبسها **قوله** وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت نفقتها هذا التقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما فافاد انه يسقط بها اذا كان قد امرها بالاستدانة او لم يأمرها فوافق قول الخصاف والصحيح ما ذكره الحاكم الشهيد انه اذا كان امرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضي فكان كاستدانته بنفسه فلا يسقط بموت احدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط **قوله** لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي ان يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا اثر الموت في سقوطها بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان ابلغ من ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحيوة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها **فرع** ابرأت الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت ابرأتك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض متجددا بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لم يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو ابرأته بعد ما مضى اشهر عما مضى وما يستقبل برئ عما مضى ومن شهر فيما يستقبل **قوله** وما بقي للزوج فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا ترد بالاتفاق لان العدة قائمة في سوية كذا في الاقضية **قوله** ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر ان يرد منه ويعطى من يلي بعده من القضاة **قوله** وعن محمد وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلما زاد ضمنها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد وكذا لو عجلت نفقة اشهر فمات احدهما والباقي شهر فاقل

فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمكاتبة وام الولد في هذا كالامة **فصل** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى

لا يرجع بشيء وفي الذخيرة ونفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها النفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وعلى القياس على الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط **قوله** فنفقتها دين عليه اي اذا قضى القاضي بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به او لم يعلم ثم علم فرضي فظهر السبب في حقه ايضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة اخرى يباع ثانيا وكذا اذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة بعد اخرى الا في دين النفقة لانها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري فاما اذا لم يعلم المشتري بحاله او علم بعد الشراء او لم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه **قوله** باذن المولى لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ولو دخل بها طولب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا او مكاتبا او ولد ام ولد لا يباع في النفقة لعدم جواز البيع الا ان المكاتب اذا عجز يباع لانه قن قبل النقل هذا ولا النفقة تجب لولد العبد عليه لان امه ان كانت امة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك وعلى هذا مولاه لان ولده اجنبي منه وكذا المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة او امة لهذا المعنى وان كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه **قوله** في الصحيح احتراز عما عن الكرخي تنتقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ ابو الحسن القدوري هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت **قوله** وان تزوج الحر امة قيد الحر اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوئة وانما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بطريق الاولى فانه فاذا لم تجب على الحر الذي هو ادخل في اهلية وجوب المال عليه فيلزم ان لا يجب على ما ذكر **قوله** لعدم الاحتباس اي من الزوج والمنع من السيد وان كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها نفسه لحقها كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك **قوله** والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح في باب نكاح الرقيق ولا شك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه فاذا بوأها فقد ترك حقه ما دام لم يستردها واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فيما اسقط بل طلب حقه فيما يستقبل او الحال على ذلك فلذا كان له ان يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا فكلما استردها سقطت فاذا ارجع فبوأها وجبت ولو خدمت المولى احيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد **قوله** والمدبرة وام الولد في هذا اي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة كالامة ولم يذكر معها المكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بمنافعها ومنافعها بحكم عقد الكتابة

فصل قوله ليس فيها احد من اهله واما امته فقيل ايضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه يحتاج الى استخدامها في كل وقت فاذا افردها في بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطؤها بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا

مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن
الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار
مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله
حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم
من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين
ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل

بحضرة الضرة قوله مقرونا بالنفقة في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قال المراد وانفقوا عليهن من وجدكم وكذلك
قرأ ابن مسعود والسكنى بالملك او الاجارة او العارية وجبت اجماعا قوله ليس له ان يسكنها معها قيل الا ان يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله
اسكانه معها قوله ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها اقتصر على الغلق فافاد انه وان كان الخلاء مشتركا بينهما بان يكون
الغلق يخصه ليس لها ان تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد
من كون المراد من كون الخلاء مشتركا بينه وبين غير الاجانب والذي في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وابت ان تسكن مع ضرتها
او مع احد من اهله ان اخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها ان تطلب بيتا ولو شكت انه يضربها او يؤذيها ان علم القاضي
ذلك زجره وان لم يعلم سأل من جيرانه فان لم يوثق بهم او كانوا يميلون اليه اسكنها بين اقوام اخيار يعتمد القاضي على خبرهم قوله لما فيه
اي المنع من المكالمة من قطيعة الرحم في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع رحم وفيه من حديث ابي هريرة قال الرحم شجنة من الرحمن قال الله تعالى
من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته الشجنة بكسر الشين وضمها قال ابو عبيد يعني قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة
الوصلة قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخوله
فانه قال في الفتاوى للزوج ان يضرب المرأة على اربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا
دعاها الى فراشه وترك الصلوة في رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة
غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا اراد ابوها او قريبها ان يجيء اليها في هذه الجمعة والسنة انتهى وقوله هو الصحيح احتراز عما ذهب اليه
ابن مقاتل من انه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن ابي يوسف في النوادر تقييد خروجها بان لا يقدر على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها
لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد اختار بعض المشائخ منعها من الخروج
اليهما وقد اشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول ابي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي
ان ياذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف اما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا
اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيآت بخلاف خروج الابوين فانه ايسر ولو كان ابوها زمنا مثلا وهو يحتاج الى خدمتها
والزوج يمنعها من تعاهده فعليها ان تعصيه مسلما كان الاب او كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة او غاسلة او كان لها حق
على آخر او لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن وخروجها الى الحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا ياذن
لها ولا تخرج ولو اذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام فان ارادت ان تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك
فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم واخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها ان تخرج بغير رضاه
وان لم يقع لها نازلة لكن ارادت ان تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلوة وان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر عندها له
ان يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى ان ياذن لها احيانا وان لم ياذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم تقع لها نازلة وفي الفتاوى في
باب المرأة المريضة قيل [illegible] ان تخرج في حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان اعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذنه

يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب واولاده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر بان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب

المزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان او فحلا وكذا ابوها المجوسي والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وعدة ثلاث عشرة او اثنتي عشرة سنة ولا تكون المرأة محرما للمرأة وحيث ابحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه فيه قاضيخان قال في فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت احاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء امتي رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد وزاد استثناء النفساء والمريضة رواه ابو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال ستفتح عليكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة او نفساء رواه ابو داود وابن ماجه وفي سندهما عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي وهو مختلف فيه قال احمد ليس بشيء وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء وكان يقوي امره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوي ووثقه يحيى بن سعيد وروى عباس عن يحيى بن معين ليس به بأس وقال ابو داود قلت لاحمد بن صالح يحتج بحديث الافريقي يعني عبد الرحمن بن زياد فقال نعم **قوله** يعترف به وبالزوجية كان ينبغي ان يزيد قوله والنسب في الولد والوالدين لانه رتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك اي كلا الامرين اما اذا علم احدهما احتاج في الفصل الآخر الى اقرار من عنده او عليه في الصحيح دون البينة **قوله** واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فانه اولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولا سيما مركب من لا النافية للجنس ومنفيها وسي بمعنى المثل قال الشاعر

فاياكم وحية بطن واد ... هموز الناب ليس لكم بسي

اي بمثل ولا سيما وهو واحد سيان من قولك هما سيان واصله سوي قلبت الواو ياء اما لسكونها بعد الكسرة او لاجتماعها مع الياء وسبق احداهما بالسكون فان جررت ما بعده كزيد في قولك اكرمني القوم لا سيما زيد فهو على ان سي مضاف الى زيد وما زائدة مقحمة كقوله

... كلما حق وهان امرؤ ...

وان رفعته فعلى ان سي مضاف الى ما وهو موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذي هو زيد وجاز كونه مضافا مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة بين المتضايف والمضاف اليه وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما اوسع من حذف المبتدأ مع ما ينضم اليه من كونه في غير ذلك الموقع وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضايفين منه

[illegible] قال ولا يقضى بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء [illegible]

انه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فتكا فيه ما نصب ما بعدها فقال ابن الدهان صاحب الغرة لا اعرف له وجها ومن هذا لم يذكره ابن معط في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر والرفع وذكرت بيت امرئ القيس س الا رب يوم لك منهن صالح ٭ ولا سيما يوم بدارة جلجل ٭ بالوجهين ولم يذكر فيها النصب لكن قد روي النصب فيه ايضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل مجرور لا سيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذي تقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذلك الحكم باثبات ما هو ابلغ منه فاذا قلت اكرمني القوم لا سيما زيد فقد اثبت له ابلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف احدى الياءين فقيل الاولى لانها ساكنة وهي اضعف من المتحرك فكان حذفه اولى وقيل الثانية لانها لام والاعلال في اللام اولى **قوله** واذا ثبت في حقه اي اقراره ان حق الاخذ لها مما في يده لتعدي الى الغائب ضرورة اورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين لمودع او لمديون للغائب معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضى عليه بالدفع الى صاحب الدين واجيب بان القضاء يتبع النظر للغائب ففي الامر بالانفاق نظر له بابقاء ملكه الثابت بالنكاح والقاء ما هو في معنى نفسه اعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير **قوله** فلانه لا يباع على الحاضر حتى لو امتنع من اداء الدين وعنده اموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضي بل يامره ان يبيع هو ويقضي فان لم يفعل حبسه ابدا حتى يبيع لان البيع عليه حجر عليه ولا حجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع **قوله** وتحليفها بالله ما اعطاها النفقة ثم اذا جاء الغائب فهو على حجته في اعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها ان تاخذ بغير قضاء بما له شرعا اصله حديث هند امراة ابي سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان للغائب مال حاضر في بيت القاضي لعلم الزوجية اطلق الاخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل اعانة والايفاء لا يمتنع لسبب الزوجية الا يرى ان من اقر بدين ثم اقر وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الايفاء منه اجابه الى ذلك **قوله** الا لهؤلاء وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ليس كذلك على الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب **قوله** فنفقتهم انما تجب بالقضاء لا شك ان الوجوب ثابت بدليل قبل القضاء حتى كان عليه ان ينفق عليهم اذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة فلا يتعين عليه قول الوجوب الا القضاء به فينتفي تاويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفي الكافي لو انفق المديون او المودع نفقة بلا بغير امر القاضي ضمن المودع ولا يبرا المديون ولكن لا يرجع على من انفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يامر بالانفاق من الوديعة اولا لانه انظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة **قوله** وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها منها قول ابي حنيفة اولا اذا جحد المديون والمودع الزوجية ليسمع بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه اشتراه من فلان الغائب ثم رجع الى انها لا تقبل منه وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها اذا لم يكن له مال حاضر ويامرها بالاستدانة ثم رجع الى قولهما وقول زفر في ذلك مستقر ونقل مثل قول زفر عن ابي يوسف فتوى على عمل القضاة اليوم انه من الي ذلك **فرع** في الفتاوى امراة غاب عنها زوجها قبل الغيبة حتى فطلبت كفيلا بالنفقة قال ابو حنيفة ليس لها ذلك وقال ابو يوسف اخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه الفتوى فلو علم انه يمكث في السفر اكثر من شهر اخذ عند ابي يوسف الكفيل باكثر من شهر وعن ابي يوسف ايضا لو كفل بنفقتها ما عاشت او كل سنة ما دام النكاح بينهما صح وقال ابو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم تكن واجبة ولو طلقها بائنا ادت بانها

فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما إذا كانت حاملا لأنا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن الآية ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا

بجالها كقبل نفقة مدتها كل شهر لأن العدة من أحكام النكاح

فصل قوله وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلثا والمختلعة إذ لا بينونة عنده بغير ذلك إلا أن تكون حاملا فإن في بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليه وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فإذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني فقال صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد فكرهته فقال انكحي أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه أيضا وقال فيه أن أبا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقاتها وعلى هذا تحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هي تمام الثلاث وأمر لها الحارث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة إلا أن تكوني حاملا فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد أبو داود في هذا إسنادا ومسلم عقيب قول عياش بن أبي ربيعة والحارث بن هشام ولا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا وفي شرح الكنز نسبه إلى مسلم لكن الحق ما علمت وهو في رواية لمسلم أن أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث عند كل من هذه الأمور أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكر مع أنه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولكون الراوي أعرابيا فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع أنها لا تعرف إلا في هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فإنها تعرف بذلك الخبر وبخبر الرجال حفظه مع طوله ووعته وأدته ثم قد ظهر لها من الفقه ما أفادها جلالة وقدرا وهو ما في صحيح مسلم من أن مروان أرسل إليها قبيصة بن أبي ذويب يسألها عن الحديث فحدثت به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينكم القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة إلى قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فأي أمر يحدث بعد الثلاث فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبيل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو أعرابي في توريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم ليس إلا لما علموه من رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له وقد استقر الحال عليه بعد وفاته عليه السلام بين السلف إلى أن روت فاطمة رضي الله عنها هذا الخبر مع أن عمر لما رده صرح بالرواية بخلافه ففي صحيح مسلم عن أبي إسحاق قال كنت مع الأسود بن يزيد جالسا في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فأخذ الأسود كفا من حصى فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فقد أخبر أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لها النفقة والسكنى

[illegible] في حق حكم مقصود بالكلام وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت
حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت
رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت رضه واسامة بن زيد
[illegible] والمتوفى عنها زوجها [illegible] لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها

ولا ريب في ان قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف اذا كان قائله عمر رضه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وغاية ما هنا ان تعارض روايتها برواية عمر فاي الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور ثنا معاوية ثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فنزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان سناخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة الم تري الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت فقلت الم تسمعي الى قول فاطمة فقالت اما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة اعلم باحوال النساء فقد كن ياتين الى منزلها ويستفتين عنه وكثر وتكرر وفي صحيح البخاري عن عائشة انها قالت لفاطمة الا تتقي الله تعالى يعني في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل ثنا نصر بن علي حدثني ابي عن هارون عن محمد بن اسحق قال احسبه عن محمد بن ابراهيم عن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما اخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على احمائها وكثر الشر بينهم فاخرجها لذلك وتقييد بثبوته عن عائشة ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة رضه واعظم متتبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في ابي داود من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امراة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن ام مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه لكن هو والله اعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه ابو داود في سننه عنه وممن رده زوجها اسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن ابن هرمز عن ابي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان اسامة اذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى فهذا انه هو الذي تزوجها بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان اعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حين بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بان ذلك غلط منها او لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن وخيفة المكان فقد جاء ذلك ايضا ولم نظفر الخ بحديث اسامة فاستقريه [illegible] وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب انا ابا سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فانكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل ان تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن ابراهيم ان ابن مسعود وعمر رضه قالا المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة واخرج الدارقطني عن حرب بن ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث ابي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع او كان عن الليث عن ابي الزبير وحرب بن ابي العالية ايضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وقفه على جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر ان جابرا على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن واما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسالوه [illegible] وفي بعض الروايات سمى الزوج ابا عمرو بن حفص وفي

ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة

بعضها أبا حفص بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث وممن رده الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين ابن المسيب وشريح والشعبي والحسن بن حي والأسود بن يزيد ومن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فإن قيل فهذا العذر بتقدير ثبوته إنما أسقط تلك السكنى والحال أنه عليه الصلاة والسلام قال لها لا نفقة لك ولا سكنى قلنا ليس علينا لولا أن نشتغل ببيان العذر عما روت بل يكفي ما ذكرنا من أنه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولم ير عمر في تركه كأنه هو في نفسه ما كان إلا أن الاشتغال بذلك حسن حملاً لمرويها على الصحة ونقول فيه إن حكم السكنى كان لما سمعت وأما عدم النفقة فلأن زوجها كان غائباً ولم يترك مالاً عند أحد سوى الشعير الذي بعث به إليها فطالبت هي أهله على ما في مسلم من طريق أنه طلقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال عليه الصلاة والسلام لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لأنه لم يخلف مالاً عند أحد وليس يجب لك على أهله شيء فلا نفقة لك على أحد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه عليه الصلاة والسلام فجعلت تروي نفي النفقة مطلقاً فوقع إنكار الناس عليها ثم إن في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم أن المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية إنما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية في غير المطلقات أو في الرجعيات كان التقدير أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم فأنفقوا عليهن من وجدكم وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم أنه لا معنى لجعل غاية إيجاب الإنفاق عليهن الوضع فإن النفقة واجبة لهن مطلقاً حاملاً كانت أو لا وضعت حملها أو لا بخلاف ما إذا كانت في البوائن فإن فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على قدر ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإنه عام في المطلقات وقوله تعالى فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف يرجع إلى الرجعيات منهن وذلك حكم خاص ببعض ما تناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر **قوله** ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيها استيفاء على أن وجوبها لحق الشرع عادة فإنها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها إذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وأنت إذا أمعنت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه **قوله** وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية احترز به عما يجيء من قبل الزوج مطلقاً وعما يجيء من قبلها بغير معصية فإن لها النفقة فيهما والحاصل أن الفرقة إما من قبله أو قبلها ففي الأول لها النفقة مطلقاً سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أو جبه بعد الخلوة ويشكل على إيجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من أنه عليه الصلاة والسلام لم يجعل لها بيتاً ولا قوتاً عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيل بنت زوجته أو إيلائه حتى مضت أربعة أشهر أو إبائه الإسلام إذا أسلمت هي أو ارتد هو فعرض عليه الإسلام فلم يسلم لأن معصيته لا توجب سقوط النفقة وأما الثاني ففي المعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو إبائها إذا أسلم هو وهي وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها النفقة لأنها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة وأما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة

بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية مثل خيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

ووطئ ابن الزوج لها مكرهة تجب لانها حبست نفسها بحق لها او بعذرت شرعا فيه ولها السكنى في جميع الصور لان القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطها بمعصيتها **قوله** بخلاف المهر بعد الدخول يعني انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها وتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية **قوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لا لعين الردة هنا لان الفرقة لم تجئ بسببها في وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط النفقة بالردة فانما تسقط في هذه الردة اذا اخرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة كما اشار اليه المصنف في التعليل او اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست او لحقت فعادت الى الاسلام فرجعت الى بيتها عاد استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت الى بيتها مسلمة او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر في الذخيرة لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى ويمكن حمل المذكور في الجامع على ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو اسلمت وعادت الى منزله لا تجب لها نفقة لانها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي الاصل ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده فلو طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فاخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان اعادها الى بيت الزوج تاخذ النفقة ولو لم يكن بواها المولى فطلقت فارادت ان يبوأها مع الزوج في العدة وتاخذ نفقتها لا تجب النفقة وورد عليه لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانه تعود نفقتها واجيب بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها من حق واجب لها فلها ان تعود فتاخذ وهذا الايد فع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الاياس فتعتد بثلاثة اشهر ومن هذا قلنا لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشئ معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال ان يمتد الطهر بها واذا لم تطالب المعتدة بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة الا ان يكون مفروضة ولو ابرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح ولو ابرأته عنها في عقد الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز واما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشئ قبل وجوبه لا يجوز ثم القول قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وانفق عليها الى سنتين فان قالت بعدهما كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وانا حائل لم احض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذلك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي الى قوله ويامره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل في سن الاياس فتعتد بثلاثة اشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلثة اشهر وقال الحلواني لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة

جعلها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة اشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هكذا في المحيط انتهى من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيها رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الاول فرق بينها وبين الثاني ولا نفقة لها على الزوج الاول حتى تنقضي عدتها من الثاني وان طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني ما دامت في عدة الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الفتاوى قال تجب على الزوج الاول حكاه ذكره في المحيط وتاويله اذا تزوجت في بيت العدة اما اذا خرجت فلا والله سبحانه اعلم

فصل قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا والاولاد كبارا فاما اناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له ان يؤاجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة او عمى او شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من ابناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب فنفقتهم على آبائهم قال الحلواني رأيت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها احد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما ان يكون لهم مال او لا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكور حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب ان يؤاجره وينفق عليه من اجرته وليس له في الاناث ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى امين كما في سائر الاملاك وان كان لهم مال فاما حاضر او غائب فان كان حاضرا فنفقتهم فيه ما لم يجب على الاب شيء منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان اراد ان يرجع ما لم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد انه انفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن انفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا اغنياء فكذلك ايضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار او كبار عاجزون والاب ايضا عاجز عن الكسب فاستحسن ان يتكفف الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال لان الاب اذا كان بهذه الصفة فنفقته في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان في الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك كذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم او لم يكتسب لعدم تيسر الكسب انفق عليهم القريب يرجع على الاب اذا ايسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد او الام او الخال او العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا ايسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له اب الا انها ترجع في الاول وما نقل عن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وام موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده يجعله كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد على امرأته وخا

وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا

فصل وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه أما الأبوان فلقوله تعالى وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا نزلت الآية في الأبوين الكافرين وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ولأنهم سببوا لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين وشرط الفقر لأنه لو كان ذا مال فإيجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد

عدم عجزهما فتعين الوجوب عليهما ولا أجر تستحق في مقابلة فعل الواجب ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما إذا استأجرها للإرضاع ولدها منه بعد انقضاء عدتها ومقتضاه أن لا يجوز بعد العدة أيضا كما قبلها وهذا لأن الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن أعم من البائنات فكان الإيجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها والمانع من الأخذ الأجرة وإلا استئجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل إذا ظهرت قدرتهن وذلك بالإقدام على الإرضاع بأجر وغاية ما يقال إن الإرضاع من نفقته وهي على الأب لا الأم وغير مع أن هذه النفقة أوجبها الذي له ولاية الإيجاب على الأم بعد أن أوجب رزقه لما بدا لتلك الذي فلم يبق سوى الفعل الاختياري وأوجب عليها القيام به وثبوت هذا الإيجاب بالنص المذكور أعني يرضعن أولادهن والحق أنه أوجب بقيد إيجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيخرج حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء تقوم الأجرة مقامه **قوله** في جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصبي مال والمال يعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى إذا كان له ذلك فقط فللأب أن يبيعه وينفقه عليه كذا يعطي منه أجر رضاعه وهذا لأن إيجاب النفقة أحد الموسرين على الآخر إذا لم يكن لاعتبار كان إليه ليس بأولى من إيجاب نفقته ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فإن نفقتها لغرض آخر فنفقتها عليه وإن كانت غنية أما الولد فنفقته للحاجة بغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم والله أعلم

فصل قوله على الرجل أي الموسر **قوله** وأجداده يدخل فيه الجد لأب والجد لأم وإن علوا وفي جداته لأب وجداته لأم وإن علون وقوله وإذا كانوا فقراء يوافق بإطلاقه قول السرخسي حيث قال إذا كان الأب محتاجا وهو كسوب يجبر الابن على النفقة بخلاف قول الحلواني أنه لا يجبر إذا كان الأب كسوبا لأنه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير وإذا كان الابن قادرا على الكسب لا يجب نفقته على الأب فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الأب فالمعتبر في إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لأن معنى الأذى في إيكاله إلى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى فلا تقل لهما أف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لأنه في مقابلة احتباسه إياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي **قوله** نزلت في الأبوين الكافرين بدليل قبله وهو قوله تعالى وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من أناب إلي فعرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعطش ويتقلب هو في النعم إلا أن محلها على غير الحربيين فأما الآباء الحربيون وإن كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم إلى إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بينها وبين الآية الأبوين عموم وخصوص من وجه فتصادقان في الأبوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة من غير الحربيين وآية النهي في غير الأبوين فتعارضا في الأبوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح وتعاكس أن يقول النهي إنما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين وإخراج المسلمين من ديارهم أهل مكة فلا تتناول الأبوين الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على إخراج ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لأن الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والإخراج منه أيضا صرح النص بعدمه عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ومعلوم أن الذين لم يقاتلوا أيضا حربيون **قوله** وأما الأجداد والجدات فلأنهم

أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما غيرها فلأن الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين لأنا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولأن القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الأعلى أصل العلة وفي الأدنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد لأن لهما تأويلاً في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره ولأنه أقرب الناس إليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لأن المعنى يشملهما

من الآباء أو الأمهات ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ أعني لفظ الأبوين الذي هو مرجع الضمير من صاحبهما في الدنيا وفيه نظر فإنهم في مسألة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آبائنا اختصوا بعدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ فإن أراد إلحاقهم بالقياس فلا حاجة بل لا ينبغي أن يلحقوا لهم فإنهم لم يلحقوا بالآباء بل بعلة استحقاق الأبوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق بهم الأجداد ويعتبره في عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم إياه في عموم المجاز في الأمان ليدخل الأجداد مع أن الأمان يحتاط في إثباته وقوله ولهذا يقوم الجد عند عدم الأب مقامه في الوراثة وولاية النكاح والتصرف في مال ولد الولد هذا ولو قال أنهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لأن مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الأبوان **قوله** أما الزوجة إلخ عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها أنه حيث أضاف إيجاب النفقة إلى العقد فقد أضافه إلى العلة البعيدة فإن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا **قوله** فكما لا يمتنع إلخ الأحسن أن يقال فكما يجبر على إنفاقه على نفسه مع كفره فكذا يجبر على نفقة جزئه لأن عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب الذي هو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على الإنفاق على نفسه محل نظر أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا أمره بالمعروف من ذلك **قوله** ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم إفراد لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وقوله لأن النفقة أي نفقة غير الولاد متعلقة بالإرث يعني بالقرابة والمحرمية مقيداً بالإرث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا إرث بين المسلم والكافر بخلاف العتق فإنه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا يقيد كونه وارثاً بالحديث وهو قوله من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وسيأتي الكلام عليه **قوله** فاعتبرنا في الأعلى وهو دوام ملك اليمين أصل العلة وهو القرابة المحرمة وفي الأدنى وهو النفقة العلة المؤكدة بالتوارث وهذا في الحقيقة إبداء حكمة الشرع يعني إنما شرع سبحانه إيجاب النفقة على القريب مقيداً بالإرث وشرع عتق القريب إذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو أن عدم النفقة قطيعة واستمرار ملك رقبة القريب فوقه في القطيعة فأوجب دفعها بلا مؤكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فإنه لم يدفعه ح بلا مؤكدة كما قيل أيضاً إنا عندنا الرحم والمحرمية والإرث ليس شرطاً حتى تجب النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم فالحق في الجواب أن ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا احتجاج استدلال بمفهوم الصفة على إخراج الكافر الذمي لأنا نقول بل هو إثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدمه وليس الوجوب عليه فيبقى على العدم الأصلي لا أن نفيه مضاف إلى اللفظ **قوله** لأن لهما تأويلاً في مال الولد ليعيشان فيه بالنص وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسيأتي في باب الوطء الذي يوجب الحد وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عائشة قالت قال صلى الله عليه وسلم إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه حسنه الترمذي فإن قيل هذا يقتضي أن له ملكاً ناجزاً في ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه والبيهقي عنها مرفوعاً إن أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها ومما يقطع بأنه مؤول أنه تعالى ورث الأب من ابنه السدس مع ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثاً على الذكر مثل حظ الأنثيين

والنفقة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا أو أعمى لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز

كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الأرحام وبه قال الشافعي وأحمد والحق الاستواء فيما تعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لأن الوجوب علق فيه بالإرث ولهذا يثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فإن كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لأحد على ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع إعساره أو لا فيجري فيه الخلاف السابق بين شمس الأئمة السرخسي والحلواني وعن أبي يوسف قال إذا كان الأب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب إليه لئلا يضيع ولا يخشى منه الهلاك على الولد لأن الإنسان لا يهلك على نصف بطنه فقال شعر ـه كلوا في بعض بطنكم تعفوا اهـ. وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه لا يجبر الأب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية لا وفي رواية إنما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضا أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة أما إذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا لا فرق بين الأب والابن فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث فكذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وإن سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وإن كان ميراثه لأخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليها مع اشتراكهما في الميراث وإذا كان للفقير والد وابن ابن موسران فالنفقة على الوالد لأنه أقرب وإذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة لأنها كان الميراث بينهما لقرب البنت فإذا استويا فالنفقة عليهما إلا أن يترجح أحدهما بمرجح وهما وجهان وإذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وإن كان الإرث لولد الابن وكذا إذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهو على الولد لاستوائهما في القرب يترجح الولد باعتبار التأويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط وإذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس عليه نفقة وقال الأب أنا معسر ذكر في المنتقى أن القول للأب والبينة بينة الابن قوله والنفقة لكل ذي رحم محرم أي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لا من الإخبار بأنها واجبة. والبر وإنا نبين عن الجبر بالوجوب لتعلقه بكون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال أحمد على كل وارث محرما كان أو لا وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالإخوة والأعمام ووجهه أنه يحمل الإشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك على نفي المضارة لا الإيجاب النفقة فلا يبقى دليل على إيجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليله الشرعي قلنا نفيها لا يخص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الإشارة المقرونة بالكاف فإنها بحسب الوضع للبعيد دون القريب ووجه قول أحمد أنه تعالى علقها بالوارث فتقييد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فإن قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة أجيب بأنها كانت مشهورة واستدل على الإطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يا رسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ثم الأقرب فالأقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فإن فضل عن أهلك شيء ١١ فلذي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالإرث ولا يخفى أن الثاني لا يفيد وجوب النفقة أصلا لأنه جواب قول السائل من أبر وهو لا يستلزم كونه سؤالا عن البر المفروض لجواز كونه سؤالا عن الأفضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف

والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة. وإذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة أبويه وقد بينا الوجه فيه. وإذا باع أبواه متاعه في نفقتهما جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وإن باعا العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لأنه لا ولاية لهما لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملكان في حال حضرته ولا يملكان البيع في دين لهما سوى النفقة وكذا لا تملك الأم في النفقة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب ألا ترى أن للوصي ذلك فالأب أولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها وبخلاف غير الأب من الأقارب لأنه لا ولاية لهم أصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر. وإذا جاز بيع الأب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له أن يأخذ منه بنفقته لأنه من جنس حقه. وإن كان للابن الغائب مال في يد أبويه وأنفقا منه لم يضمنا لأنهما استوفيا حقهما لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد أخذا جنس الحق. وإن كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية لأنه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما إذا أمره القاضي لأن أمره ملزم لعموم ولايته. وإذا ضمن لا يرجع على القابض لأنه ملكه بالضمان

ان كان مكتسبا لا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي وان لم يكن بل له مال اعتبر نفقة شهر فينفق فضل الشهر فان صار فقيرا انفقت نفقتهم منه ومال السرخسي الى قول محمد في الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدي تيسيرا للاداء وتيسير الاداء بما اذا كان كسبه يفضل من نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد ارفق ومال الحلواني الى قول ابي يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيقدر به وقال في الخلاصة بعدما نقل انه نصاب الزكوة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة قوله والفتوى على الاول اي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول ابو يوسف وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر الا ان النفقة لما كانت حق الآدمي نفسه تعتبر محض القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق تجب لله تعالى بسبب الآدمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من اليسر ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا انفق ولم يبق له شيء سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب ان يعول عليه في الفتوى قوله واذا كان للابن الغائب مال عند ابويه فانفقا منه لم يضمنا لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له ان يأخذ اذا قدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم ان ينفقوا على انفسهم اذا احتاجوا قوله قد بينا الوجه فيه عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء وهي قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم قوله وان باع العقار لم يجز ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا او مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا قوله لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ وقرر في النهاية وجه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما فيه تحصينا على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشد ليس معتبرا في انقطاع ولاية الاب نعم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد او يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى امكنه ان يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولهذا قالا في جواب ابي حنيفة هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف في باب الحجر قوله وكذا لا تملك الام في نفقتها مع انها مساوية للاب في استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضي ان يحكم به مع عموم ولايته قوله ولابي حنيفة رح حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصي فلان يملكه الاب اولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيد بها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ وليس له البيع لكن نقل في الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان وعلى رواية الاقضية ان يبيع الوالدين سواء ما في استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الاتفاق فتأويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها اما بيعها لنفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ قوله فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى لا ضمان

فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة

فصل وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله

عليه ولو مات الغائب حل له ان يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفي النوادر لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رفقة في سفر اغمي على احدهم او مات فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من اصحاب محمد في سفر واحد فباعوا ما كان له من متاع وصلوا ثم سألوا محمدا فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا في مكتب تلميذ له مات فانفق من ماله في تجهيزه وتغسيله لانه لم يوص بذلك قياسا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد مأذون مات مولاه في بلاد بعيدة فانفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ في مسجد له اوقاف ولا متولي له فقام رجل من اهل المحلة في جمع ريعها وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصير والحشيش لا يضمن استحسانا **قوله** فظهر الخ يعني اذا ضمنه الغائب تملكه لما دفعه للابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما **قوله** فمضت مدة سقطت هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضي مأمور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كلما مضى يسقط لم يكن استيفاء شيء ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات **قوله** لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة وعن هذا ما قدمناه من انه لو اعطاها نفقة او كسوة فسرقت او هلكت كان عليه اخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه اخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضي تلك المدة لم ينتف الاحتباس عنها **قوله** الا ان يأذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط وان كان في نفقة ذوي الارحام لما ذكر في الكتاب وما ذكر في زكاة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء يمنع من وجوب الزكاة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محمله في نفقة الاقارب ما اذا اذن القاضي في الاستدانة واستدانوا لتحقق احتياجهم الى قضاء الدين اما اذا لم يستدينوا بل اكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا اشار السرخسي حكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به وقيل محمله اذا قصرت المدة بان يكون شهرا فاقل والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل قوله وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبي والاولى ان يحمل قوله على ما اذا كانوا قادرين على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب احدهما فانفق الآخر بغير اذن القاضي وبغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا انفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان انفق احدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير امر القاضي فهو متطوع كذا في الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل في يده امة ان هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة او ادعت او جحدت ووضعها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذي كانت في يده لنفسه ولو ان عبدا صغيرا في يد رجل فقال الغير هذا عبدك اودعته عندي فانكر يستحلف او دعه لم ثم يقضي بنفقته على من هو في يده لانه اقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه في يد نفسه القول له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث ابي ذر انه عليه السلام قال هم اخوانكم

على نفسه وكل لها كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى الملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم

اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم ورواه ابو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رضي الله عنه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلوة الصلوة اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد والمراد من جنس ما تاكلون وتلبسون لا مثله فاذا البسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفاخر كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله اعلم لم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد قوله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا على انفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له ان يتناول منه الا اذا منعها عن الكسب اما اذا كان عاجزا عن الكسب فله ان يتناول من مال السيد اذا ابى ان ينفق عليه قوله بان كان عبدا زمنا يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن ان يواجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البناء وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام شرحه هنا اولى وكذا اذا كانت جارية لا يواجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة اجبر على الانفاق او البيع بخلاف المدبر والمدبرة وام الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدروا على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء ولو اعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس منهما محرمية وان كان عصبة له كابن العم قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضي على ترك الانفاق عليها لان الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له ويعتمد اهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون اثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث امرأة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي اطعمتها ولا هي ارسلتها تاكل من حشرات الارض لا هي اطعمتها وذكر المصنف انه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان يعني ما تقدم من رواية ابي داود لا تعذبوا خلق الله ونهيه عن اضاعة المال وهو ما في الصحيحين من انه عليه السلام كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ذكر انه يكره في غير الحيوان ان لا ينفق عليها كالا ملاك من الدور والزروع فانه يؤدي الى ضياع المال وعن ابي يوسف انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك واحمد وغاية ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للآبي اما ان تبيع نصيبك من الدابة او تنفق عليها رعاية لجانب الشريك وذكره الخصاف وفي الينابيع يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك فرع وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان او لا فلذا اوصى بعبد الرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو اوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله اوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى انا ابنيها سكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو ان يبنيه ويمنع صاحبه حتى يعطى ما غرم فيه ولا يكون متبرعا وكذا لو اوصى بنخل لواحد وبثمرتها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي التين ان بقي من ثمن الدشي فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليها لان المنفعة لها واقول ينبغي ان يكون على قدر قيمة

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك

ما يحصل لكل منها والا يلزم ضرر صاحب القليل الا يرى الى قولهم في المسئلة اذا اوصى بدبة لواحد وتبنه لاخر ان النفقة على من له الدبة .. وان كان قد يباع ويشتري ان يحصل كالحنطة والتبن في بيدر فان الكسب يباع تعلف البقر وغيره وكذا اقوال فيها عن محمد في شاة بينهما لواحد جلدها وللاخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح اجرة الذبح على صاحب اللحم والجلد ونفقة المبيع قبل ان يقبض قبل على المشتري فيكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع ما دام في يده ويجوز وضع الجزية على العبد لا يجبر عليها ان لم يتعاقاعلى ذلك ...

كتاب العتاق

قوله اشترك كل من الطلاق والعتاق في انه اسقاط الا انه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع وأما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا ميزت انواع الاسقاطات باسماء ليسهل ... اختصارا وتسري اضافة البعض الى الكل وهذا ظاهر قولهما وعلى قوله بتأويل الاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا انه في الطلاق وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلاته بمقابله وهو النكاح ولانه يتعقب محله شرطا وجودا فكان متصلا به اوبين بيان احكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لانه في بيان انه يملكه على أي وجه من السحل الحرمة والنسب والسرايان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن فان الرق اثر الكفر فالعتق ازالة اثر الكفر وهو احياء حكمي لموت حكمي فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم تذق حلاوتها العليا فصار كان لم يكن له روح قال تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ثم اثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب اهلية لما تاهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع ايضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلوة الجمعة والحج والجهاد وصلوة الجنازة وفي هذا اكبر من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولهذا والله اعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الاكبر فكل احياء حسي باحياء معنى اعظم احياء كما ورد به الاخبار عن سيد الاخيار من الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال ايما رجل مسلم اعتق امرا مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى الفرج بالفرج اخرجه الترمذي في الايمان والنذور ورواه ابن ماجة في الاحكام والباقون في العتق واخرج ابو داود وابن ماجة عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وايما امرأة مسلمة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار وروى ابو داود وايما رجل اعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزي مكان عظمين منهما عظم من اعظامه وهذا يستفيد ما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة تحقيقا لمقابلة الاعضاء بالاعضاء ... عتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارة عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك احد فيه في عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيقا لتقوم سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها القوة تاثيرها وباعتبار التقدم هو السبق جاء بيت اوس بن حجر حيث قال على السنة عتقت قديما وليس لها من طليت مرام يعني قدمت وانما لا ترام بحال وبهذا يان الله قد طلبت منه على ذلك بني هاشم المحققه انه

ولا ملك للمملوك والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله وكذا لو قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الإسناد إلى حالة منافية

سمعت من قديم أنه لا يقدر ولا يهتدي لتجارته وكذا أقول عتقت إذا سبقت فكأن الفرس القوة والعتق أيضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه في الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فإنه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكره أنه يقال للكريم يعني الحسيب وقيل قالت أمه لما وضعته هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد وقيل هو اسمه العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو التفاؤل بالحسب المنيف أو بعده عن الموت كل هذه المفهومات ترجع إلى معنى زيادة قوة في معانيها وإذا كان العتق لغة القوة فالإعتاق إثبات القوة كما قال المصنف والعتق في الشرع خلوص حكمي يظهر في الآدمي كما قدمناه عند زوال الرق ولا شك في ثبوت القوة الشرعية والقدرية على ما لم يكن يقدر عليه فمن هذا يقال إنه القوة الشرعية ويمكن أن يكون نقلا من أفراد المعنى اللغوي لوجود هذا قال في الصحاح العتق الحرية بناء على أن القوة المفسر بها اللغة أعم من كونها في البدن أو ما يرجع إلى معنى آخر ولذا أطلقوه في تلك المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع إلى معان مختلفة إلا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالإعتاق شرعا إثبات القوة الشرعية والتحرير إثبات الحرية وهو الخلوص يقال طين حر للخالص عما يشوبه ومنه قيل أرض حرة لا خراج عليها والكل يرجع إلى معنى القوة والرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وقد يقال العتق بمعنى الإعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد أنت طالق مع عتق مولاك إياك وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب إلى الله تعالى وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد يكون الإقرار بحرية عبد إنسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب بخلاف الحربي إذا اشترى عبدا مسلما فدخل في دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة وكذا إن سأل به عنه بأن خرج من مولاه الحربي إلى دار الإسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره وهو نفسه ركن الإعتاق اللفظ الإنشائي وشرطه أن يكون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري أنه مندوب إليه غالبا ولا يلزم منه كونه عبادة فإنه يصح من الكافر فقد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لرجل بلا قربة فالحاصل أن العتق في نفسه بالأحكام يتبع وجه القربة والتحريم وأما في عتق العبد الذي لم ذكرنا التمكين من التفرغ للآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه وأما عن مالك أنه إذا كان أعلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله عليه السلام أفضلها أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالأعلى من المسلمين لأنه تمكين من مقاصده وتفريغه وأما ما يقال في عتق الكافر ما ذكرنا ففيها احتمال يقابله ظاهر فإن الظاهر رسوخ الاعتقادات والظاهر لا يرجع عنها ولذا شاهدنا كثيرا بالأصالة منهم لا يزدادون إلا ارتباطا بما هم فيه فضلا عمن عرفت حريته نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين وأما التفرغ للتأمل فيسلم فهو احتمال والله أعلم قوله ولا ملك للمملوك حتى لو قال إن ملك العبد لمولاه المعتق وهو مذهب الجمهور خلافا للظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر أنه عليه السلام قال من أعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه أحمد وكان ابن عمر إذا أعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل والجمهور

وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لا يعتق لأنه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وإذا قال لعبده أو لأمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله

ابن مسعود أنه قال لعبده يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقا هنيئا فأخبرني بمالك فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أيما رجل عتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الأثرم **قوله** وكذا إذا قال الصبي الخ وكذا إذا قال المجنون إذا أفقت فهو حر لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الأهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا **قوله** لقوله عليه السلام الخ روى أبو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه بعدم الولاية **قوله** لأن هذه الألفاظ صريح فيه الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكناية فالصريح الموضوع للحرية والعتق بأي صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الأصح وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرر عتيق معتق ولو في النداء كيا حر ويا عتيق فإنه كذا حر والمولى كقوله هذا مولاي أو يا مولاي يعتق وإن لم ينوه ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لأن لا يعني غيره إلا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي أن تكون هذا إذا لم يكن هازلا فإن كان هازلا فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وإن نوى غيره وهو الكذب هزلا كذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا في ذلك فإنه يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر أيضا محمد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من تكلم بعتاق أو طلاق أو نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة ووقع بأنه خلاف الحديث وهو قوله عليه السلام لذلك الذي قال له عليه السلام أليسا سواء فك الرقبة أن يعين في عتقها وقوله يصح حرا منافية للعتق وتقويم حرا وتفقه بعتق في الحال ولو قال أنت حر النفس عتق في القضاء وإن قال نحو ما في قالك أو كلاك لا يعتق كذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وقال أنا أروي أنه يعتق إذا أراد به الحرية وعن أبي يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد وما في تأمل يظهر أن لا فرق بين هاتين العبارتين في المعنى فإذا كان كذلك فالخلاف بينهما على هذا النقل وعن أحمد أنه صريح واستبعد **قوله** لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا على وجه قيام دليلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمارة الوضع فوافق قول الإيضاح وغيره حيث قال الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية **قوله** فأغنى عن النية يعني أنه لا يشترط النية لثبوت العتق أما أن عدمه بأن ينوي به شيئا آخر فسيذكر أنه فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سنذكر **قوله** والوضع أي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الذي بين الواضع صيغته للدلالة على مضي حدثه إلى شيء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعل لإثبات أمر لم يكن وضع آخر له والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من وضعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لأن أهل اللغة أيضا يثبتون هذه المعاني بتحرير العبيد والإماء ببعض هذه الألفاظ فقوله فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ولا شك أنه الشارع ويفيده

وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك
لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك
ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية
وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد
إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى
الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني

وفي الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر به عن البدن وفي العتق روايتان والأولى ثبوت العتق في ذكرك حر لأنه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وقال له فحل ذكره هو ذكر منهم. قوله وسيأتيك الخلاف فيه عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسئلة تجزي الإعتاق الآتية. قوله ولو قال لا ملك لي عليك شروع في الكنايات الحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ فمنها ما يقع العتق به إذا نواه ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه فالأول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقوله لأمته أطلقتك أو أنت حرة وقال لعبده أنت حر عتقت في الجميع إن نوى ولو قال أنت لله أو جعلتك لله خالصا روي عن أبي حنيفة لا يعتق وإن نوى لأن الأشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق وعندهما أنه يعتق لأن الخلوص لا يتحقق إلا بالعتق والثاني نحو أن يقول لعبده بنت مني أو لأمته بتي مني أو حرمت علي وأنت برية أو بائن أو بتة أو اخرجي أو اعزبي أو استبري أو تقنعي أو اذهبي أو اختاري فاختارت نفسها لا يثبت العتق بها وإن نواه وكذا طلقتك كذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما نذكره وكذا إذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى وفي المبسوط اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق فلك وقال بعض المشايخ يعتق إذا نوى كقوله لامرأته أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا إن نوى الإيلاء. قوله لأن السلطان عبارة عن اليد قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد السلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد أنه التحقيق من التسامح والتجوز فإنه قال وسمي السلطان به لقيام يده فإنه يقتضي أن المعنى الحقيقي الأصلي للسلطان هو اليد وتسمية غيره لاتصافه باليد كما يسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ثم قيل هو مشترك بين الحجة واليد لقول ابن عباس كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد فإذا قال لا سلطان لي عليك فإنما نفى الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب بخلاف نفي السبيل لأنه نفي الطريق والطريق السلوك لا يراد حقيقته فيجعل كناية عن الملك لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره وذلك في العبد يتوصل به شرعا إلى نفاذ التصرفات فإذا صح جعله كناية عنه عتق إذا أراده بخلاف السلطان فإنه اليد فحقيقة نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب فلو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وإنه لا يجوز وكذا لا حجة لي عليك واعلم أن بعض المشايخ مال إلى أنه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك وبه قال الأئمة الثلاثة وقال بعض المشايخ إنه ليس ببعيد وعن الكرخي رحمه الله في عمري لم يتضح لي الفرق بين السلطان والسبيل ومثل هذا الإمام لا يقع له مثل هذا إلا والمحل مشكل وهو به جدير أما أولا فلأن اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة فإذا قيل له سلطان أي يد يعني الاستيلاء وقد صرح في الكافي بأن السلطان يراد به الاستيلاء وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد من نفي السبيل بل أولى ثم فيه تأمل وأما ثانيا فلأن المانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي ولا بدع في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة فإن شاملة الحقيقي فيما يصير من أفراد المعنى المجازي كذا هنا يصير زوال اليد من أفراد المجازي في العتق وهو زوال الملك

بخلاف ما ذكره لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان كناية محضة ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن
اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما قررناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من
جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا
النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا
اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة
وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهما انه كلام محال الحقيقة فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة رح انه كلام محال
بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب

يراد به الكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي افادوا انهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وكذا في يا سيدة
قد قيل لا يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في يا سيدة والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية **قوله** بخلاف ما ذكر
وهو يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا بعد العتق لانه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة للقطع
ان المتكلم حر غير عبد فتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز ان يريد مجازا آخر هو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية
فقلنا اذا نوى بيا سيدي العتق عتق اما اذا لم يكن له نية صير الى الاحط الذي هو الاكرام لان زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال
الا بالنية بخلاف يا مولاي لانه حقيقة في الاسفل ثبت العتق لعدم انتفاء المعاني الآخر بالنافي **قوله** ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان
النداء لاعلام المنادى بطلب حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف
وان لم يكن تجرد للاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها من جهة المعتق الا تابعا لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي ان يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد
معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد لو قال لعبده يا عمي يا خالي او يا ابي
يا جدي او يا ابني او لجارية يا عمتي يا خالتي او يا اختي او لعبده يا اخي لا يعتق في جميع ذلك ووجه على وجه يدفع واعلم انه اذا كان المقصود
من النداء استحضار الذات لا اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتا له مع النداء والا فلا شك ان الابنية
لا يمكن اثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه او من ماء غيره فقول المص لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لا فائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لا تثبت
الابنية الا بذلك التخليق من ذلك الماء لا باللفظ وبذلك على ان ثبوتها لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما يثبت لتقديم يجب كونه ضروريا بخلاف
ما تضمنه النداء بالوصف وعلى هذا فما قدمنا تقريره في يا حر سابقا لعدم اختلاف الجواب فان اثبات الحرية فان قرر ثبوتها اقتضاء
للخبر الضمني او اثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود واما الرواية عن ابي حنيفة التي ذكرها المص شاذة فليس وجهها الا لزوم الثبوت
اقتضاء للخبر الضمني بتحقق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان
معلوم النسب **قوله** لهما ان هذا كلام محال اي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو لانه اذا عدلنا لم يوجب حكما اصلا لا باعتبار الحقيقة
وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق كانه لما قال اعتقتك قبل ان اخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على ان شرط صحة
المجاز عندهما تصور حكم الاصل فان المجازي ليس محالا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مثلا مبتدأ وخبرا من سعد باثباته
وهيهنا في الشيء مبسوطا في الفروع ونحوه وبه يعرف ان استدلال المص كاف في محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب للعتق
وانه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الاصل اي الحقيقي فتحرير محل النزاع ان يقول اتفقوا على
ان المجاز خلف عن الحقيقة موجود في الخلف به والاصل ان لا يصار الى المجاز الا عند تعذر في الحقيقة او تعين المجاز بدليل آخر واختلفوا
في جهة الخلفية فعندهما الخلفية بينهما في الحكم يعني ان الحكم الذي يثبت به المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم
الذي يثبت بنفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند ابي حنيفة في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا
ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول اوجه لان كان

لكن الحرية لازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك خطأ ثم أخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا أبي أو جدي ومثله لا يولد لمثله فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك من غير واسطة

يعني الآخر بعينه إلا أنهم لم يكتفوا بذلك سوى في جهة المحلية بحيث قيل يكون فيما هو الأصل أيضا أي في اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو اللفظ الذي يؤدى به ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الإسلام في تحرير قول أبي حنيفة يشترط صحة الأصل من حيث إنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته فإذا وجد وتعذر العمل بحقيقته صار مجازا عما ذكره ولا شك أن صحة الأصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي الحاصل في هذا أسن مني للأكبر إذا جاز فيصح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل لعمارة بأنه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له إلى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من إمكانه: لا استحالته لأن الموقوف على المحال محال ومرة بالقياس على مسألة الحلف على مس السماء وشرب ماء في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الأولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة خلف عن البر ولما أمكن البر في الأولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم تنعقد فرأينا الخلف يعتمد قيام إمكان الأصل وتارة بأن الحكم هو المقصود بالتكلم فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود هو أولى من غيره وأجيب عن الأول بأن توقفه على فهم الموضوع له مطلقا غير مراد لينتقل عنه إلى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم إمكان تحققه في الخارج ونجيب عن الثاني بأن تلك الخلفية بين حكمين شرعيين وهي خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه إنما يتعلق شرعا بتقدير تعذر احتمال الأول وإذا فرع تعلق الأول وتعلق الخطاب دائر مع الإمكان الذاتي كالكفارة في الحلف على مس السماء والتيمم مع الوضوء فلا يتصور شرعا ما هو خلف استحال أصله لأنه لا تعلق إذ ذاك ولم تجب في مسألة الكوز لعدم تعلق وجوب البر فأين هذا من لزوم إمكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم إمكان معنى وضع له اللفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا ثم فيه ما ذكرنا أن حكم اليمين الأصلي هو وجوب البر المفتقر والجواب عن الثالث أن هذا تصرف باللفظ بأن حمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع له لم يعلم من جهة أهل اللسان أنهم اشترطوا ذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز به ولا يتحقق سوى إدراكه الحقيقي ثم الحاجة إلى إدراكه ليس لتقرير بل لتحقق العلاقة فإذا لم يتصور تحقق العلاقة كانت الحاجة إلى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات فاشتراط إمكان وجود معنى الحقيقي في الخارج لم يقل عليه دليل بل اللغة تنفيه فإنه يستلزم أن لا يجوز زيد أسد فإنه وزان هذا ابني للأكبر سنا منه فإن المعنى المركب الحقيقي مستحيل باستحالة كون الإنسان أسدا والاتفاق على جوازه بل هو على بلاغته وما فرق به من أن هذا استعارة بجملة بخلاف هذا ابني لأن التجوز في نسبته دون الألفاظ ممنوع وإذا ثبت استعارة هذا الشرع فإذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له والكلام طريق يجوز به تعين تجوزا إن لم يعد ولا مزاحم كيلا يلغو كلام العاقل ونحن فيه كذلك فإنه يكون مجازا في معنى حق عتق من حين ملكه استعارة لاسم الملزوم في معنى لازمه ثم إن كان هذا داخلا في الوجود حق ديانة وقضاء وإلا فقضاء ولا تصير أمه بذلك أم ولد له بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لأنه لا طريق فيه للمجاز فلغا قوله وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل هذا الكلام بالاتفاق مجازا عن الإقرار بالمال لعدم إمكان معناه الحقيقي فأجاب بأن الموجب ليس لتعذر الحقيقي

ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق والوجه ما بيناه ولو قال لعبده هذه بنتي فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح

وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق إذا نوى

بل المتعذر كل منه ومن المجازي لأن المال الذي هو بدل القطع سببه مال مخصوص وهو الأرش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته إلا بحقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ مجازا بالسبب عن المسبب والذي يمكن إثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع إيجاب المال به مطلقا فلغا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لأن الحرية لا تختلف في ذواتها حاصلة عن لفظ حر أو لفظ ابني فأمكن المجاز حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو. قوله ولو قال هذا أبي الخ جواب عما قيل إنه يلغو فقال بل هو على الخلاف أيضا عند أبي حنيفة يعتق كما لو قال لعبده والصغير هذا جدي فأجاب عنه أولا بأنه على الخلاف وقيل هو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق فإنه لا يعتق اتفاقا وهي أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب ولا وجود له في اللفظ. قوله ولو قال هذا أخي أي لعبده لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن رحمه الله والوجه ما بيناه فرواية الحسن على قوله إن البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف عند أبي حنيفة وهو أن الأخوة سبب لعتق المملوك ووجه الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلى آخر ما ذكره وتقريره هنا أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب أو الأم ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ولأن الأخوة تقال لما بالنسب وفي الرضاع والدين فلا يتعين النسب إلا بدليل حتى لو قال من أبي أو من أمي أو من النسب عتق إذا عرف هذا فلا شك في صحة الأصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه فيرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير إليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لأنه الأيسر كما قررنا في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء إلا بالنية فإن أجيب بأن اعتبار الغاية الشرعية أولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا ابني فإنه لا يعتق به ودفع بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف إلى القرينة حتى لو قال من أبي ونحوه عتق وبأن العتق بعلة الولاد ولا ذكر له في اللفظ فيكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو وإن اشتبه كان الحمل على المجاز أولى وإن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي بلا خلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع ويفرق بينه وبين هذا أخي بأنه يحتمل الإكرام والنسب بخلاف العم فإنه لا يستعمل للإكرام عادة وبهذا يخرج ما أوردناه في هذا ابني فلا يخلص إلا بترجيح رواية العتق في هذا أخي وهي ما نقلها المصنف. قوله ولو قال لعبده هذه بنتي فكذا إذا قال لأمته هذا ابني لا يعتق وإن كان يولد مثله لمثله لأن الأول مجاز عن عتق في الذكر لأنه جهة البنتية حقيقة والثاني عن عتق في الأنثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا فالعدم لازم مشهور غير فلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع أن الاتفاق على منعه اللزوم إن لم يعتبر المجاز عقليا في نفس إضافة البنت وكل من لفظ الإشارة والبنت وإيها حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالإشارة بالبنتية إلى مسمى إياها عن نسبة إليه العتق فيتعين الأول وما ذكره المصنف بيان تعذر حقيقته بطريق آخر وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وإن كان من خلافه تعلق بالمسمى تبيين هذا الأصل في باب المهر وهو الذي أراد بقوله حققناه في النكاح والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان لأن الذكر والأنثى في الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى أعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لأن الثابت ذكر

To: www.al-mostafa.com

وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله أنه نوى محتمل لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الأحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية

قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح كأنت مطلقة والطلاق والكناية كما لو قال لأمته أنت علي حرام أو بائن أو بتلة أو بتة أو بنت مني أو خلية أو برية أو حبلك على غاربك واخرجي وقومي واذهبي واعزبي واختاري فاختارت نفسها وتقنعي أو قال ذلك لعبده أو قال له طلقتك لا يعتق في ذلك كله وإن نوى بخلاف ما تقدم من قوله أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعي يعتق في ذلك كله إذا نوى وعن أحمد روايتان أحدهما كقولنا والآخر كقوله **قوله** لأن بين الملكين أي ملك الرقبة وملك النكاح موافقة **قوله** إذ كل منهما الخ حاصله أنه إثبات للمشابهة بين الملكين أعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما أما الأول فإن النكاح في حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأبيد له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى أنه يبطل به إذ هو لازم لملك المنفعة أعني الإجارة واستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الإجارة وأما الثاني فلأن كلا من التصرفين إسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه وأما الأحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الأموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا لأن هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هي السبب وإنما امتنعت بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضي كالزوجة في حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب والنسل وصيانة لمائه ثم بالفرقة يزول المانع لما عنه فلما صح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لأن صحة الأول للمناسبة وهي مشتركة لأنها نسبة بين الطرفين فإذا ناسب الشيء غيره ناسبه الآخر **قوله** ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه أي ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يتحقق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المعنى الشرعي كما لو قال اسقني ينوي به العتق والطلاق لا يقعان وإنما قلنا أنه لا يسوغ استعماله فيه لأن مسوغ استعمال اللفظ في المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه فالأول منتف وكذا الثاني لأن التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع أهل اللغة أنواعها وهذا ما يقال أن نوع العلاقة موضوع وضع نقل اللفظ للمعاني المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة حاصل معنى قوله كل لفظ وضع بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته لغة فلك أن تطلقه على ذلك المعنى بواسطة اعتباره عنه بأن ثبت عنه أنه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتبارهم لذلك النوع لتحققه في ذلك الجزئي أو نقل اعتبارهم فالمشابهة باعتبار وصف علاقة المشابهة أن يكون في وصف خارج ظاهر في المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه في المتجوز فيه فيصير المتجوز به شبيها بالمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص وإلا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره إلى ما ليس هو فيه فللأول لا يجوز التجوز بالأبخر للمحموم مع اشتراكهما في صفة لازمة للأسد لعدم ظهورها وشهرتها والثاني وجب أن لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز أكثر منه في محل الحقيقة إذا عرف هذا فنقول الإعتاق لغة هو إثبات القوة ... لعدم ملك ... الأمور قبله والأصل في إضافة عدم الشيء أن يكون إلى عدم المقتضي لا إلى قيام المانع لأن عدمه هو الأصل في عدم الحكم لأن الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضي ولو سلم فالأصل عدم المقتضي فيقضي على العدم لم يثبت وجوده ... [illegible]

ولو قال ما أنت إلا حر عتق لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرف التشبيه ولو قال رأسك رأس حرٍ عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أو غيره

فلذا كان حكمه الملك مع الحرية فتمكن من السبب الشرعي والطلاق لإزالة قيد النكاح ليعلم بها القائم محلا حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا لأن حكمهما حق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها فلم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب فلا مناسبة بين كفاية إليه في محل ليحل الملك والقائم محله وبين إثبات الملك فتأمل محل مبالغة يجوز التجوز به وهي أن تكون مختصة بالتجوز عنه أي ظاهرة مشهورة به وثبوتها فيه أقوى منه في محل المجاز المشبه به وههنا عكس هذا فإن الإسقاط المشترك ثبوته في العتق أكثر وأوفر منه في الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الأكثر إسقاطا والأشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لو قدر صحة وقوع الشرط المذكور وامتنع عكسه ولأن العتق مسبب لزوال ملك المتعة حيث كان سببه زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب في المسبب بخلاف عكسه فإن السبب في المسبب وهو ممنوع إلا أن يختص الأول بالسبب بعينه المعين فلا يلزم إطلاقه ثم قيل ليس سببا أيضا بدليل أن الأمة لو كانت متزوجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة فإنه مبني على التقاء المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة إنما تؤثر عند كون المحكم معدوما قبلها إلا ترى أن البول بعد الحدث لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث ومثله من يلتزم أنه يوجب حدثا آخر يمكن بأن يقال أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة غير ما فيل الكنايات منها ما يقع العتق بها بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك أو ملكتها أو وهبت نفسك منك أو وصيت فإنه نفسك لأنه ملك نفسك فهذه كنايات لا تحتاج إلى النية لأن الإيقاع ليس إذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق وقد ثبت هذا منها يقع بالنية كما تقدم قسميها لا يقع وإن نوى كلفظ الطلاق وكنايته والتحقيق في مثل الأول أن يقال إنه صريح بالعتق كأنه أعلى من حيث إن ما سوى العتق قد انتفت إرادته فتعين فالحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي وهذا بناء على أن المجاز متعين المعنى والإ فيقال إن صريح ويقال مجاز وهو الحق وقد أخبرناه في كتبنا **قوله** ولو قال ما أنت إلا حر عتق لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الأصول وقد بيناه في الأصول إنما يأتي في قوله إلا الله بكونه إثباتا مؤكدا لورود بعد النفي بخلاف الإثبات المجرد

قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميعه وهذا يقتضي أنه لا ينوي كما لو قال رأسك حر فإنه لا يحتاج إلى النية لكن المسألة منقولة من نوادر ابن سماعة لو قال رأسك رأس حر عتق إن نواه وفي نوادر هشام قال أبو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي المنتقى لو رآها تمشي فقال هذه مشية حرة وتشكل فقال هذا كلام حر لم يعتق إلا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبي يوسف قال الحسن بن زياد تحمل إنه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال جسدك حر وأصلك حر وعلم أنه من سبي لا يعتق لأنه صادق وكذا لو قال أبواك حران وفي نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن لا يعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال لسانك حر كان حرا وكذا ذكرك وقد تقدم

فصل أعقب العتق بالاختيار بالاضطراري **قوله** وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه

والشافعي يخالفنا في غيرهم له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الأصل والولاد ملغى لأن ما لا يتعلق الحكم به لما يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

وضعفه البيهقي والنسائي بسبب أن ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة وإذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره وإن لم يخرج له في الصحيحين وأما الحديث الثاني وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فأخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة وحماد فقد شك فيه فإن موسى بن إسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد فقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة أحفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو أن رفع الثقة لا يضره إرسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الأسود عن عمر موقوفا وروي من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلي بأسانيد ضعيفة وروى الطحاوي بإسناده إلى سفيان الثوري عن سلمة بن سهيل عن المستورد أن رجلا زوج ابن أخيه مملوكته فولدت أولادا فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال إن عمي زوجني وليدته وإنها ولدت لي أولادا فأراد أن يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط أن ابن عباس قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله إني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته وإني أريد أن أعتقه فقال عليه السلام فإن الله قد أعتقه **قوله** والشافعي يخالفنا إلخ وبقولنا قال أحمد وذكر الخطابي في معالم السنن أنه قال أكثر العلماء قال روي ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب وإسحق والظاهرية وقال مالك لا يعتق في قرابة الولاد والإخوة والأخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري إذا ملك قريبه لا يعتق بدون الإعتاق لظاهر قوله عليه السلام لن يجزي والد ولده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولأن القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا إن كل من في السموات والأرض إلا آتي الرحمن عبدا نفى الولدية وأثبت العبدية فعلم بهذا أنه لا تثبت به الابنية والعبدية فإذا ثبت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما تقول أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه والتعقيب حاصل لأن العتق يعقب الشراء وإنما أثبت له الملك ابتداء لأن العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لأنه لا فائدة في إثباته لا استدامة للبنوة **قوله** لأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك في الولاد ينفيه القياس فيلحق القريب بالبعيد وعلى سائر الأملاك إذ لا يخرج عن ملك مالكها من غير رضاه اختيارا أولا لا يقتضيه القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والإجماع إلا من لا يعتد بخلافه والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق أي إلحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال أي الإلحاق بطريق الدلالة لعدم الأولوية والمساواة بل يجب إلحاق غير المحرم من القرابات بالقرابات التي لا ولاد فيها وغير المحرمية وعدمها كأبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه إلى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني أشبه حقيقة وحكما أما حقيقة فلأن قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية وأما الثاني فلأنا رأينا أحكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب وكذا في سائر الأحكام **قوله** ولنا ما روينا فيشمل جميع المحارم والقياس الصحيح بل لا قياس مع النص

كهيل

ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا للمقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط

تقريبه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه كما في الولاد وهذا اعني كونه قرابة مؤكدة في المحرمية هي المؤثر في الاصل وهو قرابة الولاد يعني هو الذي تعلق به الحكم في الولاد بالنص وهو مسلم فغاية ما منع ان ادانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز ان يعلل الاصل باخرى متعدية الى ما لم تتعد اليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لانا قد ظهر اثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو ادنى الذليلين فلان يؤثر في رفع اعلاهما وهو ملك الرقبة اولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص ايضا يدل على تعيينه وهو ما رويناه فانه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف ان هذا يفيد الغاء ما عينه وقول الخصم حتى وجبت النفقة الزام نختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك التزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقا وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوي قد يصل وكثيرا ما يرسل ومعلوم انه اذا ارسل فلا بد ان يكون عن واسطة وغاية الامر انه عين الواسطة مرة وترك اخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك واحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا عملت الصحابة على وفقه وانت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت من غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فاثباته اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بلا شبهة ولا اثر له لو كان صحيحا عنده فالمعنى الذي ظهر اثره في جنس الحكم اولى منه فكيف مع النص على نقض حكم الفرع **قوله** ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق بين ما اذا كان العبد مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمية وقيد بقوله في دار الاسلام لان الحكم ثابت في دار الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب اما عتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافا لابي يوسف وعلى هذا الخلاف اذا اعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الايضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا اعتقه وخلاه قال في المختلف يعتق عند ابي يوسف وولاؤه له وقالا لا ولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فاعتقه ثمة القياس ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب لا يجري عليه احكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم تنقطع عنه احكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب وهذا النص على انه دخل هناك بعد ان كان هنا فلذا لم تنقطع عنه احكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة المؤنسة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين **قوله** والافتراض عند القدرة جواب عن اعتبارهما المكاتب قال علة العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد مما ينتظم كتابته بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الحرية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع اجزائه على ان عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ وهو قولهما فقد ان تمنع والجواب عن الشهادة والزكاة ان عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المعنى منتف في غير الولاد **قوله** وعتق المكره والسكران واقع في المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لا يزيل الا الرضاء والعتق لا يتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق **قوله** اما الاضافة الى الملك كان يقول ان ملكتك

ويجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها إذ هو متصل بها ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصودا لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم بنفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وفيما ذكرناه ليس بشرط فافترقا ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز

أو ملكت عبدا ونحوه فهو حر لنفسه خلافا للشافعي أي وحده فإن مالكا يوافقنا فيه كذا عن أحمد وفرق بينه وبين الطلاق إذ لم يجز إضافته إلى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب إليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك **قوله ويجري فيه** التعليق لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي بل إنما الخلاف في أنه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق إلى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبني على انعقاد المعلق سببا في الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط **قوله** وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلما عتق سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما أو لا وقيد بالخروج لأنه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق وبقولنا قال الأئمة الثلاثة وقال الأوزاعي إذا خرج سيده مسلما بعده فهو له وإلا فهو حر إذ الإسلام حق خرج أو لم يخرج وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر فلم يعتق بذلك ثم أجاب بأنا لم نقل بهذا إلا لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج إليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهي بعد الخندق بيسير وبدعوى نسخ تملك الكافر المسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك في اتجاه الإيراد وهو مما يصلح دليلا لنا وفي الجواب ما لا يخفى **قوله** لقوله عليه السلام في عبيد الطائف أخرج أبو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن علي واللفظ لأبي داود قال خرج عبدان بكسر العين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب إليه مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم إليهم فغضب عليه السلام فقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم واحدا واحدا أبو بكرة وردان والمنبعث والأزرق ويحنس النبال وإبراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق فكل هؤلاء أعتقهم عليه السلام فلما أسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء أن يردوا إلى الرق فقال عليه السلام أولئك عتقاء الله لا سبيل إليهم وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم عن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي بكرة أنه خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل أبي داود فلما أسلم مواليهم رد النبي صلى الله عليه وسلم الولاء إليهم وفيه مجهول وأخرجه البيهقي مرسلا وقال ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله ورد على كل رجل ولاء عبده **قوله** ابتداء احتراز عن بقاء الرق فإنه يبقى بعد الإسلام بعد ثبوته بطريقه **قوله** عتق وهذا بإجماع الأربعة ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافا لأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين فإنه مروي عن ابن عمر وأبي هريرة فإنهم يجيزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح لا قبله وتعتق أمه تبعا له وقال أبو يوسف إذا خرج أكثر الولد فأعتقت لا يعتق هو لأنه كالمنفصل في حق الأحكام حتى تنقضي العدة ولو مات في هذه الحالة ورث بخلاف ما إذا مات قبل خروج الأكثر **قوله** ثم إعتاق الحمل صحيح عند الجمهور خلافا لأهل الظاهر ولا يكون في الأم إذا أعتق ما في بطنها ويجوز هبتها والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة **قوله** لما فيه من قلب الموضوع وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس حتى يقال هذا الحديث ولو كان عتق أم الولد تبعا للعتق ثبتت بالنص وهو منتف إذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقة رقه وليس كذلك فلا يرد نقضا على أن ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس وسنذكر أنه إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه **قوله** والقدرة

باب العبد يعتق بعضه

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله) وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله لهما أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره

والحاصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد وفي النسب يتبع الأب وفي الدين يتبع خير الأبوين دينا والله تعالى أعلم

باب العبد يعتق بعضه لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمس منها إلى ما يندر وجوده وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله **قوله** إذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وتعتبر قيمته في الحال وبالاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الأجرة ذكره في جوامع الفقه وفي ... إذا امتنع من السعاية فسخ ذلك إذ كان له كل معروف وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير ما ذكر وإنما يصار إليه عند امتناعه فتكون الإجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر أن هذا إذا عين مقدارا كربعك حر ونحو ذلك فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياس قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده ويسعى في خمسة أسداسه وقوله عتق ذلك القدر يعتبر بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فإنه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قوله وقالا يعتق كله فإنه عن زوال الرق أي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف وأصله أن الإعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني فيما إذا كان المولى واحدا وكان لشريكين والمعتق موسرا أما إذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الإعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع فإنهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فإن القائل العتق أو الإعتاق يتجزى لم يرد به المعنى الذي يريد به القائل إنه لا يتجزى وهو زوال الرق أو إزالته إذ لا خلاف بينهم في عدم تجزئه بل زوال الملك أو إزالته ولا خلاف في تجزئه فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه أو الإعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس إلا فيما يوجبه الإعتاق أولا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها متجز وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع والإنكاح بنته ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فقطع بعدم تجزئه والملك متجز قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي ... فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولا زوال الملك أو الرق لأنه محل النزاع والوجه ينتهض لأبي حنيفة على المعنى فإن تصرف الإنسان يقتصر على حقه وحق الملك والرق حق الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالإعتاق زوال الملك أولا ثم يزول الرق شرعا عند زوال الملك لا إلى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى إعتاقا وإلا كان البيع والهبة إعتاقا فإنه إنما يلزم لو كان البيع والهبة زوال الملك لا إلى مالك لأن ذلك هو المسمى بالعتق لا إزالة الملك كيف ما كان وأما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه وإلا فقد عتق منه ما عتق أفاد تصور عتق البعض فقط فقول أيوب لا ندري أشيء قاله نافع أو هو شيء في الحديث لا يضر إذ الظاهر

ولأن الأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الأصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتبا إذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد

بل الواجب اتباعه فلا يجوز إدراج مثل هذه من غير نصب قاطع في إفادة أنه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجب في الحديث على قتادة وكذا ما رواه البخاري أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه أي لا يغلى عليه الثمن أفاد عدم سراية العتق إلى الكل بمجرد عتق البعض وإلا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر وأما ما روي لهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفي لفظ فقد عتق كله فإنما يقتضي عتق كله إذا كان له مال يبلغ قيمته وليس معناه ذلك بل أنه يعتق كله بمجرد إعتاق بعضه كان له مال أو لا فقد أفادت الأحاديث أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم الوجود والسراية فإن وردت في العبد المشترك واستدل أيضا بدلالة الإجماع وهو أن المعتق إذا كان معسرا لا يضمن بالإجماع ولو كان إعتاق البعض إعتاقا للكل وإتلافا له لضمن مطلقا كما إذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لإنسان ثم رجع بعد القضاء فإنه يضمن موسرا كان أو معسرا لكن قد يقال في هذا إن السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروي عن علي وعمر رضي الله عنهما بخلاف ما قيل إن قول عمر رضي الله عنه كقولهما فقد أسند الطحاوي إلى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها وكان بيني وبين أمي وأخي الأسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر ذلك الأسود لعمر بن الخطاب فقال أعتقوا أنتم فإذا بلغ عبد الرحمن فإن رغب فيما رغبتم أعتق وإلا ضمنكم أثبت لعبد الرحمن الإعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد إعتاقهما وإنما قلنا ذلك لأن الرق لا يتجزى عند أحد فيلزم المطلوب وهو أن الثابت بالإعتاق بالذات في الملك وإذا ثبت ذلك لزم في إعتاق البعض للعبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر أي يزول ملكه عنه ويبقى كل الرق فيه كله وهو المسألة المتكلم فيها وإذا ظهر أن ما زال بالإعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شرعا أن لا يبقى في الرق لزم أن يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله إلا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد إلى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا إلى مالك صدق عليه أنه إنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قصرا بخلاف المكاتب فإن عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختيار قابل للفسخ بتعجيزه نفسه وعلى هذا إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمن شيئا من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئا ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها والاعتراض بأنها ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لأن التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكره بعض الشارحين من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لأنه إن أريد إلحاق إزالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزى زوالا أو إلحاق إزالة الملك بها فيه فغير صحيح لأنهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزى وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل إلحاقا لزوال الملك لا إلى مالك في عدم التجزي بأن يقال يدعى أن المتجزي زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقا بالأمور المذكورة فإن في الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفي العفو زوال حق لا إلى

واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رح

آخر والاستيلاد وزوال ملك كذلك اعني ملك بيعا وهبة وايجاب اولا انه الحاق بلا جامع لان عدم التجزي في الاصول لعدم التصور اذ لا يمكن نصف المراة منكوحة ونصفها مطلقة ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ولا اسقاط نصف حق القصاص تعلق القتل بثبوت حقه لا نفسه فحصلا بثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزي فيها لان الزوال لا الى مالك بل لا اثر لكون الزوال الى مالك اولا اليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة اي ليس فيها الا زوال كلها او بقاؤها فاثبتناه في الكل اي فاثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحا للمحرم وهو الحرمة فانه اجتمع فيها موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به واما الاستيلاد فمتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر حتى لو مات المستولد يعتق عن جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وانما كمل في القنة لانه لما ضمن نصيب صاحبه بالفساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزي ضرورة **قوله** واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق اي زال ملكه عنه فان كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق نصيبه منجزا ومضافا وينبغي اذا اضافه ان لا تقبل منه اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرح به فينبغي ان يضاف الى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وان شاء ضمن المعتق قيمته اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه له وان شاء استسعى العبد فيها فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما في الوجهين اي في الاعتاق والسعاية وهذا كله عند ابي حنيفة رح هكذا ذكر في الاصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وان يدبره وحكمه ان يسعى وان يكاتبه وهو يرجع الى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد على السعاية يؤاجره جبرا ويدل على ان الكتابة في معنى الاستسعاء انه لو كاتبه على اكثر من قيمته ان كان من النقدين لا يجوز الا ان يكون قدرا يتغابن الناس فيه لان الشرع اوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الاكثر وكذا لو صالحه على عرض اكثر او ان كان كاتبه على عرض قيمتها اكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين اولى لانه انظر ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار قبل هذا في موضع ليس فيه قاض فان كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما ليختار التضمين او الاستسعاء وليس للولي اختيار العتق لانه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب او عبد ماذون ليس لهما الا التضمين او الاستسعاء اما المكاتب فان له ان يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة واما العبد الماذون فالقياس ان يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة فليس للعبد الماذون ان يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو حق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء انفع من التضمين فلهذا ملك الماذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتداء واذا اختار المكاتب او الماذون التضمين او الاستسعاء فالولاء بينهما لمولاهما لانهما ليسا من اهل الولاء فثبت الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى ولو لم يكن على العبدين فالخيار للمولى لان كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة وتقدر القيمة يوم الاعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمي يجب نصف قيمته صحيحا وقلبه لو كان اعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته اعمى لانه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والاعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت التضمين فاعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فايسر فلا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم اعتقه فان كان العبد قائما نظر الى قيمته يوم تحاكما على العتق حتى اذا لم يتفقا يقع على المعتق فيما مضى ليقوم للحال لان العتق حادث فيحال على اقرب اوقات ظهوره ملكذلك ان اراد

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما
تجزى الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثانى ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده ويمنع عندهما لهما فى الثانى قوله عليه السلام فى الرجل
يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر قسم والقسمة تنافى الشركة

ان يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا فى قيمته فى ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل انت موسر نظر الى حاله يوم ظهور العتق اما لانه كالمنشئ للعتق فى الحال او لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان فى الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعى اليسار فيما مضى وان كان معسرا فى الحال فالظاهر شاهد لمن يدعى العسرة فيما مضى وهو كالمستاجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا فى جريان الماء فى المدة يحكم الحال ولو تصادقا على ان العتق كان سابقا عليه فى مدة قد يختلف حاله فيها فالقول قول المعتق فى انكار اليسار لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا فاختلف حاله فيه فالقول قول المعتق يوم اعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يرجع ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه ان قضى القاضى له بالضمان او رضى به المعتق فليس له ان يستسعى الغلام بعد ذلك والا فله ذلك قيل ما ذكر فى الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل فى المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل ان يختار شيئا فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذى اوجب الخيار للمورث ثابت فى الورثة فان شاؤا اعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان ايسر يملك نصيبهم كما كان تمليكا الى المورث وان اختاروا الاعتاق والاستسعاء فالولاء فى هذا النصيب للذكور من اولاد الميت دون الاناث لان المعتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون لخليفته فى ذلك للذكور من اولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث فان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختاره من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن ابى حنيفة انه ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين او على الاستسعاء قال فى المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك الا بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته على ما بينا عليه فى فصل الولاء الذى تقدم ما ثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه وليس للمورث ان يختار التضمين فى البعض والسعاية فى البعض فكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروى ابو يوسف عن ابى حنيفة انه ليس له ان يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له ان يختار الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين يتعلق بشرط وهو ان يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه كالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باع نصيبه او وهبه على عوض حيث لا يجوز فى الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان مستند التمليك محال وهو غير محل له وفى جامع قاضيخان لو اعتق احد الشريكين فى مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان المعتق من تركته فى قول ابى حنيفة رح بل يسقط لان الضمان يجب بطريق الصلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس **قوله** وقالا ليس له اى للساكت الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق قال المص رح وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزى الاعتاق عنده وعدمه

ماليته احتبست عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به
فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه

وعدمه عندهما فيسعى فهو حر مديون وتقدم بيانه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لنا فيه ان جميع النصوص
التي ظاهرها تجزي الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فليست خلاصته في ماله وقوله عليه السلام من اعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة
عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا في الصحيح كذا ما انفرد به البخاري عن مسلم من اعتق عبدا بين
اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث ابن المليح عن ابيه ان رجلا اعتق شقصا له من غلام
فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك واجاز عتقه رواه احمد وابو داود وزاد رزين في ماله وسمى
لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما يرفعه من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان
له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد ان الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوي قولهما
ووجهه انه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة واستدل لابي حنيفة رح
بقوله انه اي الساكت احتبس على البناء للفاعل ماليته نصيبه عند العبد فله ان يضمنه وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره
كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ فان لصاحب الصبغ ان يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان
او معسرا لما قلنا الا ان العبد فقير فيستسعيه فيأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد ان تضمين المعتق على خلاف القياس
لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين المعتق من غيره وهذا لانه وان حصل رضاه بعتق نصيبه بتعتقه الاختياري لكنه
تصرف في ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره واورد عليه انه معارضة للنصوص بالتعليل فانها
اوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا لا اذا كان موسرا واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم
فلا يلزم في الاستسعاء عند نفي الاعسار فجاز ان يثبت عند عدمه ايضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس
كذا اورده شارح واجاب والتحقيق في ايراده ان النصوص قسمت فاعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند
اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار
كما لا يوجب التضمين عند الاعسار ورح يندفع ذلك الجواب وكذا اجيب ايضا بنحوه وهو ان القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضي
الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع ان القسمة تنافي الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم يكن بشرطين بل بشرط واحد
مثل قوله عليه السلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشيء اذ لا اثر لتعدد الشرط ووحدته في اختلاف
حكم القسمة وفي الكافي جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى ان هذه القسمة كما يفيد نفي الضمان لو كان فقيرا
تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا بعين الحجة التي تفيد بها تلك الافادة فان قيل فمن اي وجه افادت القسمة نفي الشركة
فالجواب انه لما اعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا في ان المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر
غيره وغاية ما يمكن ان يقال ان يقصد الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذ كان على خلاف الدليل الظاهر
وذلك ان الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا او معسرا فلا يجوز تضمين المعتق

ثم المعتبر يسار التيسير [illegible]

[illegible]

فيبين الشارح موضع المخالفة وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل يجوب عليه وهذا لان الدليل نجاء وجواز الاستسعاء مقصورا في المعسر ويبقى جوازه ولا يخفى ان في هذا تحميل معارضة القيل والدليل لانه ينفي تقصر الجواز على الاقل منه في الاقل صل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما امكن وتحقيقه ان النص ورد مخصصا للقياس الذي بين شرعية التضمين مع اليسار لتعيين الاستسعاء انما هو في غيرها اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بتخلص المتقرب اليه المحل اذا كان وله قدرة على اتمامه وجميعا كالمشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامه ما يوجب الاتيان بالآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه تحصيل ثواب ما قدر عليه من القربة واما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من ان الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في صورة الاعسار بناء على انه ضمان الاتلاف وهو بعيد عن التوجيه لان الملك في ان عتق ما يملكه مشروع وعبادة ولا اتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت ماليته باقي العبد لكن هدم ولئن هدم داره فيه فلا يحق ان القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفي المسئلة قول الثوري والليث ان الساكت بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن ولا سعاية اصلا وسبب هذا القول اعلالهم لفظة السعاية في حديث ابي هريرة قال النسائي اثبت اصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد ابن ابي عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن ابي عروبة يعني في ذكر السعاية قال وبلغني انهما رويا هذا الحديث فجعلا الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة قال عبد الرحمن بن مهدي احاديث همام عن قتادة اصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطني سمعت ابا بكر النيسابوري يقول ما احسن ما رواه همام ضبطه وفصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن ابي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم واحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام وقال الخطابي اضطرب سعيد بن ابي عروبة في السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على ان ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنه عليه السلام من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءهم حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن ابي عروبة من الاثبات في قتادة وليس هو بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وابان بن يزيد العطار وحجاج بن ارطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد اخرجه الشيخان في صحيحهما وحسبك بذلك يعني برفعها الاستسعاء وفي المسئلة مذاهب اخرى ضعيفة مثل انه لا يعتق شيء اصلا ولو باذن الشريك وانه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته وان التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي وانه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين **قوله ثم المعتبر يسار** التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت هو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك واحمد في رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن لا يسار الغنى اي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشائخ لان اعتبار التيسير لتعديل النظر من الجانبين جانب المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتكميلها ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالتضمين لانه اسرع من الاستسعاء فكان باعتبار نصاب التيسير اسرع في تحقق مقصودهما فوجب وهذا في الحقيقة تعليل النص وهو اخراجه الغني الموجب المعتنى [illegible]

[illegible] الإعتاق فيقوم مقامه [illegible] الهبة [illegible] ما سوى
الإعتاق [illegible] المعتق [illegible] كان
[illegible] المعتق بعضه [illegible] لإعسار المعتق إن شاء
[illegible] دينا على المعتق
[illegible] الشافعي [illegible]
نصيب الساكت [illegible] ولا وجه إلى تضمين الشريك [illegible] ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين
ما عيناه [illegible] للاستسعاء سبيل لأنه كالقتل [illegible] الجناية [illegible] الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

حكم تجزئة العصمة لأنه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه قوله ثم التخريج على قولهما أي تخريج تفصيل المسألة على قولهما فهو عدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد باتفاق لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار فلم يكن الضمان منقولا إليه كما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للعصمة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزي فكان عتق نصيب الساكت معلقا بإعتاق كل العبد في حالة إعساره حرا مديونا وأما التخريج على قول أبي حنيفة رحمه الله فإثباته خيار الإعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزى عنده فيبقى الباقي بعتق المعتق نصيبه والتضمين بالجر أي وخيار التضمين للمعتق لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك من الوصية والصدقة والإجارة والإعارة والاستخدام ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه من التدبير والاستيلاد والكتابة وقوله والاستسعاء بالجر عطفا على التضمين أي وإثبات خيار الاستسعاء لما بينا من أنه احتبس مالية نصيبه عنده وإنما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الإعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب إذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا للغاصب ولأنه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله حق الإعتاق والاستسعاء وقوله ضمنا جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك إلى ملك فأجاب بأن ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمان غايته أن بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء وأما في حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا من احتباس ملكه والولاء له أي للساكت أي مشترك بينه وبين المعتق في الوجهين أي في الإعتاق والاستسعاء ولا يرجع المستسعى على المعتق أي العبد على المعتق بشيء بإجماع بيننا خلافا لابن أبي ليلى فإنه يرجع عنده على المعتق إذا أيسر وإنما لا يرجع بالاتفاق أما على قوله فإنه يسعى لفكاك رقبته و[illegible] على قولهما فلأنه لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي دينا على المعتق إذ لا شيء على المعتق إذا كان معسرا بخلاف العبد المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد عتقت أو يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع على المعتق إذا أيسر ونظير الأول ما إذا أعتق أمته على أن تتزوج به فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو أعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند زفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض في الأكثر من الثلث موقوف عنده وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا قول الشافعي ووجهه عنده أنه لا وجه لتضمين الشريك لانعدام [illegible] ولا لاستسعاء العبد لأنه ليس بجان ولا راض به ولا لإعتاق الكل لأنه إضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا إنما [illegible] قوله غير جان إلخ قلنا لا نفتقر إلى الجناية بل مداره على احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار وقد تمسك [illegible] بما روي من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق وهو رق [illegible] كما قال أهل الشأن ضعيفة مكذوبة ولو ثبت لم يكن [illegible] الرق فيها الملك [illegible] الاقتصار على [illegible] الجزء المشاع بالقسمة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كل واحد منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية

والحق انه لا يحتاج اليها بل يقول عتق منه ما عتق كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر لم يلزم تقابل الباقي رقيقا يلزم تقابل مملوكا والملك هو المطلق للتصرف والجواب ان اسنى حديث ابي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والا استسعي غير مشقوق عليه يوجب الاستسعاء عند اعسار ولا اعتراض على الشارح مع ان وجه ما قدمنا واعلم انه نقل عن بعض العلماء الطاعنين صحة رواية الاستسعاء ان المراد بها على تقدير صحتها انه يستسعى ان اختار ذلك وان هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والاوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا او عدم تقرره وهو الاولى واذا لم يقدر الضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا بطل حقه مجانا تاجيرا بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية ثابت كما في العبد المرهون اذا اعتقه سيده المعسر ولان الشرع اضطره الى فكاك رقبته حيث حكم عليه ولاية الايجاد والا عدام بنفاذ عتق ذلك القدر والا لقرالباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولنا في اليسار والاعسار واختاره المزني من اصحابه قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة وعتق وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار العبد بذلك تبا له اي في حكم المكاتب ويزعم انه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه ان شاء او يعتقه فان تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك او صادقا لانه مكاتبه ان كان صادقا ومملوكه ان كان كاذبا علمنا ان استسعاءه اما في الصدق فظاهر واما في الكذب فلتمكن الانسان من امر عبده ان يسعى ويأتيه بكسابه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه اي حق كل منهما في الحالين حال يسار الآخر واعساره في احد شيئين السعاية او التضمين الا ان في اليسار حقه في احدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الاعسار حقه في احدهما عينا وهو السعاية وهذا لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عند ابي حنيفة وقد تعذر التضمين لانكار الشريك الاعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الآخر انه اعتق لم يقبل لان الاثنين يثبتان لانفسهما حق التضمين او يشهدان لعبدهما واذا انتفيا ما اثبتناه في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته فتعين السعاية وهو عبد عند ابي حنيفة حتى يؤدي لان المستسعى كالمكاتب واورد ان التضمين غير متعذر لانه لما انكر يحلف فان نكل جاز التضمين واجيب بانه لما كان اعتقاد كل ان صاحبه هو الذي اعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لان المال الى السعاية وهذا صريح في انه لا تحليف في المسئلة ولا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان او صادقا يجب ان يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كلام اي تعيين استسعائهما العبد انما يكون بعد ان يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو اوجه مما ذكره في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد انما اذا لم يترافعا الى القاضي بل قال كل منهما الآخر انك اعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء اما لو ارادا واحدهما التضمين او احلف احدهما نصيبه فترافعا او رضيا وجهية فيما لو استرقاه بعد قولنا فان اتفاقا في لو سألنا فاحلنا بالا انكار نفعا لا يسترق لان كلا انتقل الى صاحبه

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته وإنما يدعي الضمان على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه إذ المعتق معسر وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما إذا أعتق أحدهما بعينه ثم نسيه ومات قبل التذكر والبيان [illegible] السعاية [illegible]

حلف كاذبا واعتقاده أن العبد محرم استرقاقه ولكل استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل للآخر إن كانا موسرين ولا يستسعي العبد لأنه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة فإنه إن نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا **قوله** وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لواحد منهما لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته وإنما يدعي الضمان على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت عليه لإنكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية صادقا كان أو كاذبا بالغرض أن المعتق معسر **قوله** على ما بيناه أي من أن العبد مملوكه أو مكاتبه إلا أن عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله أي يثبته لصاحبه حيث ادعى أنه هو الذي أعتق والعتق لا يتجزى أي لا يثبت به إلا ما لا يتجزى من زوال الرق وهو أي صاحبه يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال **قوله** ولو قال أحد الشريكين في عبد إن لم يدخل فلان يعني العبد الدار غدا فهو حر وقال الآخر إن دخل غدا فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف ويسعى لهما في النصف الآخر بينهما وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف على تفصيل يقتضيه مذهب أبي يوسف وهو أنه إنما يسعى في النصف لهما إذا كانا معسرين فلو كان أحدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لأحد وإليه أشار المص بعد هذا بقوله ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق فإنما جمع بينه وبين قول أبي حنيفة في أنه لا يجب إلا النصف وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لهما إن كانا معسرين وبنصفه للموسر إن كان أحدهما معسرا ولا يسعى في شيء إن كانا موسرين وهذه على وزان المسألة السابقة أعني إقرار كل منهما أنه هو الذي أعتق وهناك إذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى إلا للموسر وكذا هذا وهذا لأن الذي يأخذ السعاية أبدا يكون هو الساكت والآخر معتق فإذا كان أحدهما موسرا فإنه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى اعتبار المعسر هو الساكت فزعم أن لا سعاية له على العبد وإنما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول إلى شيء مطلقا كما لو كانا موسرين فإن كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر وليس غيره وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية **قوله** لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد ولا يمكن القضاء على المجهول ولا التوزيع لأنه يؤدي إلى إسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته وإعطائه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لأنه غير واقع في المعين فلم يناف فيه التوزيع فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فإنه لا يقضى بشيء للجهالة فكذا لا يقضى بسقوط شيء لذلك وإذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل **قوله** ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين و

امرن

يثبته ن

ولو حلف كل واحد منهما بعتق عبده ... لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول حتى المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ولو اشتراهما انسان ...
معلوم ... وإذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص ابنه وشراؤه اعتاق ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابنه
او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية

ومع التيقن بالسقوط كيف يقضي به يوجبا لكل الجهالة المانعة من القضاء بالسقوط ترتفع بالشيوع اي شيوع النصف الذي حق في
نصيب الشريكين وتوزيعه عليهما فصار المقضي عليه بالسقوط والمولين فلا جهالة في المقضي عليه وانما يلزم لو قضى على
احدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم اولوية احدهما بتمامه وكون التعيين في نفس
الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري في عشرة رجال لكل منهم جارية اعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق التحري
ولا المعتقة ثم اجتمعت في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن ويسعى كل واحدة في تسعة اعشار قيمتها
وصار كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان في الاول والثاني فان العتق يوزع
عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا
للشافعي في انه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني
واسقاطا لجميع حق المستحق في الاول واسقاط بعضه للضرورة اولى وقيل ان الجهالة في المقضي عليه لا يمنع القضاء اذا كان
المقضي له معلوما بدليل ان من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به ولما كان المقضي عليها منهن مجهولة
لكن لما كان المقضي لها معلومة جاز القضاء كذا هنا المقضي له هنا معلوم وهو العبد بلا ولا يخفى ان من صورة المسألة ان تتفقا على ثبوت الملك لكل الى
آخر النهار **قوله** ولو حلف على عبدين الخ يريد ان يفرق بين السابقة وهذه وهي ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد
وبين هذه وهي ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال احدهما ان دخل فلان غدا فعبدي حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان
فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لم يعتق واحد منهما ولا شيء منه في قول الكل لان المقضي عليه بعتق عبده وهو
احد المولين مجهول والمقضي له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث احد
المالكين لان كلا منهما يزعم انه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم
اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتماعهما في ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضي عليه معلوم
ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول
هو معترف بوجود شرط الثانية وبالثانية صار معترفا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما متعلق بعدم
الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك في مثل قوله ان لم تدخل فعبدي حر بخلاف ما اذا لم
يكن دخل فانه يستعمل للمضي في الدخول وعدمه في الماضي لتحقق الدخول فيه حقيقة فشرطه ظهور انه لم يدخل في
الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن ابي يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم
يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق **قوله** واذا اشترى الرجلان ابن احدهما بعقد واحد بان خاطب البائع
الاب والآخر معا بان قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه فيعتق عليه ثم لا يضمن
لشريكه شيئا ولو كان موسرا سواء علم الشريك انه ابن الآخر او لم يعلم ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك ابيه ان شاء وان شاء اعتقه

وعلى هذا إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق وصار كما إذا كان
العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة
العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط
بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب
كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه

هذا عند أبي حنيفة وأجمعوا أنه لو ورثاه لا يضمن الأب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع
منه ولفظ الحديث أعني قوله عليه السلام من أعتق شركا الخ يفيد كون العتق اختياريا وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان
موسرا وإن كان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة معا أو صدقة أو وصية وعلى هذا الخلاف أيضا إذا اشتراه رجلان أحدهما
يستحق نصفه إن اشتراه أو حلف بعتقه إن اشتراه لا يعتق لأنه لم يوجد الشرط وهو شراء كله لهما أنه أي الأب أبطل نصيب
صاحبه بالإعتاق الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق وصار كما إذا كان العبد بين
أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهة مختارا فيه وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أن
لا يكون برضا من له حق التضمين وقد باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف
إلى العلة فكان راضيا بإفساد نصيبه فلا يضمنه فصار كما إذا أذن له بإعتاقه صريحا وعلم مما ذكرنا أن المراد من العلة في قوله
شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على أن إعتاقه يثبت اختيار الشراء أنه يخرج به من عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه عنها
وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر إن ضربته فهو حر فضربه فعتق نصيبه فإن له أن يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضا
بالعتق لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الإيجاب في البيع لأنه
مباشرة العلة لأن العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار
هو وجود دلالة الرضا قلنا لا شك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلتزمه بالتزامه باليمين ومخالفه عليه أن لا يفعل ظلم منه فلا يصح
أن يقال إن لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي أنه لو قال إن ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه وإطلاق
الجواب خلافه وأما ما أورد في منع أن مباشرة العقد منه رضا لأنه ضرر والعاقل لا يرضى به ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لإزالته فمدفوع بالضرورة
لأن من علم أن عند فعل هذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بأنه راض بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات ما يترتب عليه
وللعاقل في ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء وقد يكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الأجر لا يقال رضاء الأب
بالشراء رضا بالإعتاق والرضا بالإعتاق رضا بالضمان وأبو حنيفة رحمه الله يثبته إذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لأنا
نقول كونه رضي بالضمان لا يوجب إمكان تضمين الآخر له إلا إذا لم يكن رضي بإعتاقه كما ذكرنا وأما إيراده على قولهما بأن الإعتاق لا يتجزى
على قولهما فإعتاق البعض إعتاق الكل ولا يمكن إعتاق الكل إلا بتملك نصيب الآخر ولا يملك إلا بالضمان والجواب أنه تملك ضمني فلا توجه
له هنا قوله وهذا ضمان إفساد جواب عما يقال كونه رضي بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولدا الأمة بإذن الشريك يجب الضمان
فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد وضبطه أن الضمان في العتق ضمان تملك ولا يسقط بالرضا لسببه ذلك ضمان الاستيلاد
فلو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانه ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والإعسار وإنما جعلنا ضمان الاستيلاد
ضمان تملك لأن وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه وضمان الإتلاف وهو ضمان الإعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لأنه لا جناية
في عتق الإنسان ما يملكه مندوب سبحانه حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك نعم أن يقال ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم

[illegible]

في هذا الا فساد لنفسه لو قصد لنتفذ قصدا فاسدا اثم به اما وضع العتق فليس مقتضاه ولزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان الاتلاف ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك لابنية وعدمها وروي عن ابي يوسف انه ضمان تمليك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن الاب او غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان المسقط لحقه في التضمين مباشرته سبب استقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما اذا اطعم الناصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم انه ماله سقط تضمينه الناصب والنظير المذكور في الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فانه ليس له ان يضمن الآكل واعلم ان مستقيم القياس وانما قلنا على خلاف القياس لان القياس ان لا يختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار الا يرى ان من اتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا فان قلت قد اسلفت ان القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا ان القياس هو التضمين للاتلاف قلنا قد تحقق خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين ولا شك ان كون القياس الاستسعاء هو اقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الامر لفرض ورود النص على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالف النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص او خفي عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع او صلاته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم يقدر لم يجب ووجب له اجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع اليه **قوله** وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه ما رضي بافساد نصيبه لان دلالة ذلك ما كان الا بقبوله البيع معه وهو منتف هنا علة او مع انتفائهما فانه يضمنه فان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة وحده بناء على ما تقدم من ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له اي للاجنبي بل يتعين التضمين على ما مر من ان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما **قوله** ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة للبائع وقالا ان كان موسرا يضمن ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه وهو انه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر ان البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو ان الرضا يمنع **قوله** واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فاراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر المدبر الضمان وهو المراد بقوله فاراد الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمة العبد قنا وليس له ان يضمن المعتق شيئا واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد انشاء على وزان ما تقدم فيما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند ابي حنيفة وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمن الثلث الذي ضمن اعني ثلثه قنا وهذا كله عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اول ولا يضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا الخلاف ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب العتق اذ هو عتق مضاف فيكون معتبرا به ولما كان التدبير متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين حيث امتنع على كل منهما البيع والهبة والوصية

ها هنا

وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا

والصدقة والاعتاق وثبت لكل منهما خمس خيارات ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه
على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختيار
غيره فتوجه للساكت وهو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر سببا ضمان احدهما تدبير المدبر الذي افسد عليه والآخر
عتق هذا المعتق فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق
حيث استحق العبد خروجا الى الحرية بالسعاية ثم التضمين غير ان الساكت له تضمين المدبر ليس غير ليكون الضمان ضمان معاوضة
اذ هو الاصل في الضمان لان يتعدل جانبا الضامن والمضمون له حالة لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة ان يملك معطيه وهو
الضامن ما دفع بدله فحيث امكن هذا لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على اصلنا خلافا للشافعي من حيث جعله ضمان اتلاف
فاذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشبهه من التدبير ونحوه اولى وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية و
والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية انى قاسوا ضمان لو غصب عبدا فابق فقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب ان يبيع
العبد مرابحة على القيمة التي اداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده اكسابا ثم ابق
فلم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند اداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال
مع ان اقراره بالاتلافات موخر الى ما بعد العتق واذا وجب ان لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما امكن وجب هنا لانه ممكن لكونه
اي نصيب الساكت قابلا للنقل من ملك الى ملك في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا للضمان
المعاوضة لانه اي العبد عند ذلك مدبر وفي بعض النسخ حر او مكاتب على اختلاف الاصلين ولابد من رضى المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال
فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف هو غير مستقيم لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك وكذا المستسعى عند ابي حنيفة
وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم
ان لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن تملك هذا المضمون فكان ضمان افساد فلهذا يضمن الساكت المدبر ليس غير ثم للمدبر ان يضمن
المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما افسد عليه نصيبه مدبرا لان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته
فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما افسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا لشريكين فاعتقه احدهما
وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يملكه بالضمان **قوله** وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن
للساكت تسعة دنانير ثلثها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة **قوله** على ما قالوا طريقته في مثله
الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع المملكة وقيل
نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا
فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه
مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة

ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لأن ملكه ثبت مستندا وهذا ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار

المذكور كم تبلغ ثمنا ذكره قيمته وهذا أحسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لأن البيع والاستسعا قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمتها خدمتها مدة عمرها على الحذر كما تقدم والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ماذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لأنه حر يدا بقيت الرقبة **قوله** ولا يضمنه لأنه لا يضمن المدبر المعتق قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثا قنا وثلثا مدبرا لأن ملكه فيه أي في ثلثه قنا يثبت مستندا إلى وقت التدبير وهو ثابت من وجه وهذا بالنظر إلى حال أداء الضمان دون وجه وهو بالنظر إلى الحقيقة حال التدبير فلا يظهر في حق التضمين بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق واستشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فإنه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا أجيب بأنه لما انتقل نصيب الساكت إليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله إن الملك المستند لا ينتهض سببا للتضمين إذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق فكان الأوجه أن يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لأنه بالضمان له قائم مقامه وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه أعني ثلث المدبر فإنه لم يقم فيه مقام أحد ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بأن الكلام في أن الملك المستند لا ينتهض سببا للضمان مفردا كالمعتق المفسد بإعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لأن العبد ليس مفسدا شيئا قبل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمنه فكذا من صار المالك له قام مقامه واعلم أنه لو لم يستحق المعتق الأجيد أداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا مع ثلث مدبرا لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا عللوا والوجه على هذا أن يقال في أصل التعليل ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه لأنه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وإن دفع الوارد أيضا لأنه ظهر ملكه حال العتق بأداء الضمان مستندا ويحتاج إلى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الإعتاق من وجه دون وجه وهو دفع السؤال بعتق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغي أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لأنه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا اتفاقا ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لأنه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم إلا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه إذ لا موجب لصيرورته مدبرا لأن ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزى وذكرهم إياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج إليه إذ يكفي فيه أنه على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان وإن لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لا تملك **قوله** والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فإن أحد ثلثيه كان نصيبه بالأصالة والآخر تملكه بأداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فإنه وإن كان له ثلث العتق وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له إلا ثلث الولاء لأن ضمانه ليس ضمان تملك وضمان معاوضة بل ضمان إفساد لما ذكرنا من أن

وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر
وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها

المدبر غير قابل للنقل حين أعتقه كان مدبرا ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدبر أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضي خان وهو غلط لأن المستسعى التجزي يوجب إخراجه إلى الحرية تنجيزا أحد الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق وحتى مع استخدام المدبر إياه من غير وجوده كما لو أعتق أحد الشريكين أشياء ودبره الآخر والساكت فإنه لا يتأخر حريته وبقيته إلى موته كما قدمنا أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر كما قلنا أو كان مكاتبا للشريكين فدبره أحدهما فتقييد في نصيبه ويبقى نصيب الآخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة لأن نصيب الآخر على حاله عنده وأما في الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تتجزى عنده وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى له إلى أن يعجز عنه فيخير بين تضمين المعتق إذا كان موسرا أو استسعى العبد مختارا وجبرا بإجازة فهو تحقيق ما قلنا من أنه لا يبقى في الرق إلا إلى أن يؤدي السعاية والله أعلم **قوله** وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما إلى آخره يعني أن ما ذكرناه على هذا قول أبي حنيفة فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا للشريك المدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمن ثلثي قيمة الشريكه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك لأنه أمكن على ما ذكرنا فأشبه الاستيلاد وهو ما لو استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه على حاله موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار واردا فيه والولاء كله على قولهما للمدبر وهو ظاهر لأن العتق كله من جهته واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا يتأتى في ضمان التملك لأنهما حيث قالا إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى لو كان الولاء كله له يجب القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه ورح يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس **قوله** وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما أي لا تخدم أحدا ويوما تخدم المنكر ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فإنه لم يتمكن من تضمينه إن كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده وتسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك إن كان المقر عليه معسرا فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة وقال محمد رح إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف ولا ينبغي مثله لأنه لا يغفل إلا أن يعرف بالبيان فيقال في قوله الأول

إلا أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق
كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج إلى الإعتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت ولأبي حنيفة أن المقر لو صدق
كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للمقر ولا سعاية ولا ضمان لأنه يتبرأ
عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر
كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد
غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الأصل تبتني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى

وإلا أوهم أن نصيبه الآن ليس هو قائلا به واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف الأول والصواب أن لا خدمة له عليها بل يجبر وإقرار المقر صادق المنكر في سعايتها وتخرج بها إلى الحرية وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر هو اللائق بقول أبي حنيفة وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلا لأنه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها أي تأخذ جناياتها ممن جنى عليها لتستعين بها وعلى قول أبي حنيفة جنايتها موقوفة إلى تصديق أحدهما صاحبه **قوله** لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقراره عليه فصار كأنه هو استولدها كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق حتى لو اشتراه عتق عليه فإذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فإنه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر أيضا امتنع عليه الاستخدام لأنه يدعي الملك على المنكر وإذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندها ولا وجه إلى تضمين شريكه فإذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليها فإن المنكر أخذ حصته والمقر يبرأ منه يدعي أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كأم ولد النصراني إذا أسلمت لما امتنع مراعاة مقاصد الملك عليه ولم يمكن إخراجها عن ملكه مجانا للإضرار به وجب أن تعتق بالسعاية **قوله** ولأبي حنيفة رح وعلمت أن أبا يوسف معه أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين لأن المقر إما صادق فيكون جميع خدمتها له لأنها أم ولده وهو مستحق خدمتها أو كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لأنه يبرأها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب إقراره عليه قلنا ممنوع لأن الإقرار بأمومية الولد إقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ بإقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا
ع بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا القبيل على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه **قوله** وإن كانت أم ولد بينهما بأن ادعى كل منهما أنها أم ولده فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها وإن كان معسرا سعت للساكت فيه وأصل الخلاف في تقوم أم الولد عنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة وعلى هذا الأصل تبتني عدة من المسائل ذكرها المص في كفاية المنتهى أحدها هذه والثانية أم الولد إذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيئا لشريكه عنده ويضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسرا وإن كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني إذا بلغ حدا يسعى فيه ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين إذا مات أحدهما لا تسعى عنده وعندهما تسعى ومنها لو غصب أم الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم

وجه قولهما انها منتفع بها وطيا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعتين البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة رحمه الله ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر لان السبب فيما تحقق في الحال هو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما روينا في جهة الصيام الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا ووجوب السعاية على ام ولد النصراني تعيينا بكتابتها عليه دفعا للضرر من الجانبين والبدل في الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه ان يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس بحصتها من الثمن **قوله** وبه قولهما وهو قول الجمهور انها منتفع بها وطيا واجارة واستخداما ولهذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتق وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس الا منفعة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها للغرماء للمولى او ورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته كيلا يضيع نسبه ولا توجد هذا المانع بخصوصها لا يوجد في المدبر فلهذا افترقا في السعاية ولهما ولهذا اي الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه دلالة التقوم لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة والزيادة بعد هذا الا ثبوت حق الحرية والتنافي بين حق الحرية والتقوم الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت سعت له وهذا آية التقوم في ام الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين ام ولد المسلم وام ولد النصراني فاذا ثبت التقوم في احدهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت امه ام ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثاني اجماع مركب وايضا ثبتت ماليتها فلا يخرج عنها الا بمقتضى حق الحرية الطاري باستيلاد وليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتها فيه **قوله** غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعتين منفعة البيع والسعاية بعد الموت والباقي منفعة شئ فتنقص من قيمة القيمة بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنة وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف فقد كتبناه في الكلام على قيمة المدبر **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله حاصل اما ما ذكر من اللوازم انما هو لوازم الملك بعضها اعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والاجارة يثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز متقوما الا بالملك ان ثبت معه والآدمي وان صار مالا بعد ان لم يكن في الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا احرز للتمول وام الولد اذا احرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان اولا تملكها كان للتمول لكن عند ما استولدها تحول مقتضاها عن المالية الى ملك مجرد عنه فصارت محرزة لما ذكرناه وبهذه المقدمة تقبل المنع عن انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بان يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابه انه وان لم يناف لكنه تابع فصار الاحراز في حق التقوم كالمنتفي ويدل على ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها للغريم او وارث وان لم تخرج من الثلث او لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان مالا متقوما في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كالمدبر لما لم يخرج من الثلث اذ خرج والتركة مستغرقة تعلق به فظهر انه معتبر حالة الحيوة الا فيما هو موصى به فاذا لم يكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فيه قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وام الولد وحين ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوما لجاز بيعه فاجاب عنه بان عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب العتق بعد موته والجواب عن الزام التقوم بام ولد النصراني يمنع تقومها والزام السعاية فيها ليس لذلك بل المغروق اذ لا يمكن ابقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو مما يمتنع فانزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم في نهاية لانه بمقابلة ما ليس

وهما يقولان آخره دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف

يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على اثبات العتق يكون اظهار فعلى تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار
لا يعتق فلا يعتق بالشك وان عين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال ثم يؤمر ببيان الكلام الثاني لانه لم يبطل وان بدأ ببيان الكلام
الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الاول لانه ما دار بينه من الخارج والثابت من وان قال عنيت بالكلام الثاني
الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان حال وجوده كان تاما صحيحا وان لم يبين المولى شيئا حتى مات احد العبيد
فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول ان الخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني
لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل
امر ببيان الاول فان عنى به الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني
لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان في مسئلة الكتاب فالفقهاء اتفقوا فيها على عتق نصف كل خارج وثلثة ارباع الثابت
واختلف في الداخل ومذهب ابي حنيفة وابي يوسف انه يعتق نصفه ايضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق نصف
وثلثة الارباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب ان قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم الا اذا كان الحال انما هو الحكم
بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه القسم ضرورة والحاصل ان عدم التجزي عند الامكان الانقسام ههنا ضروري
ورد وبعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع ان بكل من عتق عنه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله
حرا فيمكن ان يقول يعتق جميع كل واحد منهم بما يسعى في ذلك القدر فيتم الحاصل على قولهما وقول ابي حنيفة غير انهم يسعون وهم
احرار والحاصل ان الضرورة اوجبت ان لا يعتق جميع واحد مجانا لا ان يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي الى اداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة
اصلهما وعلى ذلك المطالب به عتق الكل من كل ابتداء ثم يسعى وهو مرادهم ان يكون موجب قول المولى احدهما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل احدهما
لا يؤدي معنى كلاهما وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما الضرورة التي اقتضت تجزيه وحين لزم التوزيع توزع
عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله
اعتقت نصفك فكما يقع اعتاق النصف اعتاقا للكل اذا وقع من موجبه كذلك يقع هنا والحاصل انه لا موجب اصلا لخروجهما عن
اصلهما وموافقة ابي يوسف ابا حنيفة في عتق نصف الداخل لا يوجب موافقته في التجزي ووجه الا تفاقية ما ذكره المصنف بقوله اما الخارج فلان وجوه
الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف
او لا مرجح غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما لكن نصفه الثابت شائع في نصفيه
فما اصاب منه المعتق بالاول لغا وما اصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق
ثلاثة ارباعه ولانه لو اريد الثابت بالثاني يعتق نصفه الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق منه شيء فيعتق نصفه في حال ولا يعتق منه
شيء في حال فيتنصف النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة ارباعه ووجه المذكور لمحمد في الداخل
ان الايجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه ربع فكذلك يصيب الداخل **قوله** وهما يقولان آخره دائر

بالايجاب الاول كان كذلك لا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه التنصيف

ان اصابته الربع عندهما ليس قضية الكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه في كله ونصفه شائع مستوعب فما اصاب منه هذا النصف لغى وما اصاب الحق عتق فلم يعتق منه الا ربعه وهذا المعنى منتف في النصف الذي اصاب الداخل وقد علمت آنفا ان محمدا لم يوافق على هذا التوجيه هذا وتقدم له ايضا ان الايجاب الثاني صحيح في حال وهو ان يريد بالكلام الاول الخارج غير صحيح في حال اخرى وهو ان يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شئ اصلا فانتصف الثابت به فاصاب كلا ربعه فلذا اعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت هذا ظهر ان الكلام في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلثة ارباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف اصلا بل اصابه الربع ابتداء لما ذكر من الوجهين واعلم ان قولهم يريد الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل ان يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالمعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم التعيين ينزل ذلك المبهم فيه وللشافعي في اصل المسئلة قولان في قول يقرع بينهم وفي الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان وعند احمد رح يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبيده احدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويت [illegible] الثاني تاصيل اعتبار الاحوال ما روي انه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة رواه مسلم واصحاب الجماعة الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا وقد علمت ان ما صح سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه قالوا فهذا يخالف نص القرآن تحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك والاستحقاق بالخطر والقمار من هذا القبيل ولهذا توجب استحقاق العتق لمن ظهر له فلذا لمن ظهر كذا واما مخالفة العادة بخلافه فانها قاضية بنفي ان واحدا يملك ستة اعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شئ قليل ولا كثير وما قيل انه قد تنفق العرب ذلك لما عنده عليهم ويكون رجع له ذلك في غنيمة ان كان مع الفرض الذي فرضناه من عدم شئ قليل او كثير من كل نوع فهذا ايضا مما تقتضي العادة بنفيه لانه نادر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا في المنفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس انه يحكم بغلطه وصار رده من جنس خبر الواحد فيما يعم به البلوى جاءنا ما نقل شاذا وقصة حال كان لا تعم فليس بشئ لان الاصل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ان

قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا ... [illegible] ... عتق من سبعة من قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن ... [illegible] ... من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة ... [illegible] ... وصية ... [illegible] ... سبعة ... [illegible] ... ساعين ... [illegible]

وتعرف الحكم به دلالة فشرعه يلزم فيما استند الى اعتبار الاحوال من قسمة المختلفين بلا فرق وكذا اخرجه من اوجه صنيعة وحقيقته الوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب تقتضي تقتضيه بحكم بشطره من بعض رواية عن عمران ولذلك اجمع على عدم الاستراع عند تعارض البينتين بعيب بها وعلى عدمها عند تعارض الخبرين ومن لا يستغنى شرعية القرعة في الجملة شرعا تطييبا للقلوب ودفع الاحقاد والضغائن كما فعل عليه السلام في السفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا اذ لا يجب عليه التسوية في السفر لم يكن في القرعة الا تطييب القلوب ثم جاز له ان يسافر بمن شاء منهن وان خرجت القرعة لغيرها فكان الاقراع لتطييب قلوبهن وكذا اقراع القاضي في الانصباء المستحقة والبداءة بتحليف احد المتحالفين انما هو لما ذكرنا من دفع تهمة الميل والحاصل انها انما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه اسهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان كذلك والا فهو كان احق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله اعلم واما ان تعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فلا وفيه مخالفة التوزيع لان القرعة قد تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم فلكل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه قطعا اذا ذهب فانه ينال كلا لا شيء واما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة الذين ليس للعشرة جواز اذا اعتق احدهم جارية ثم لم تدر فصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة اعشار قيمته اصابة المسمى ببعض حقه يقينا ومع القرعة جاز ان يفوتها كل حقها **قوله** فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة قسم الثلث وعتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما اي قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فستة وذلك لانا نجعل كل رقبة على اربعة وانما نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة من اربعة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد ان يكون جميع سهام الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال احدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة اسهم وهو ثلث المال سبعة اسهم بالضرورة فيعتق من الثابت ثلثة من سبعة ويسعى في اربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلثة ارباع الثابت الى ثلثة اسباعه وذلك اقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك اقل من ثلثة بثلث سبع واما قول محمد فانما تضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا يكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها اثنا عشر فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ثلثة فكان المعتوق من يستحق ثلثة الاسباع على قولهما نصف وعلى قولهما يعتق منه نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في اربعة وعلى قولهما يعتق ثلاثة الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف **قوله** ولو كان هذا في الطلاق يعني قال لزوجتين له احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احداكما طالق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ووجب لها ثلثة ارباعه ومن مهر الثابتة ثمنه ثلثة اثمانه ووجب لها خمسة اثمانه ومن مهر الداخلة

ش السهام

[illegible] في الطلاق [illegible] بعد ما [illegible] سقط من [illegible] الخارجة [illegible]
من الداخلة [illegible] ثابتة [illegible] يسقط [illegible] قوله [illegible] ذكرنا [illegible]

تمنه ووجب لها سبعة اثمانه قال رحمه الله تعالى المتاقضة فان سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع الطلاق بينها وبين الثابتة ليسقط به نصف
مهرين مهرها ليس احدهما اولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثاني
موجب في حال دون حال وهي ان تراد الخارجة ودون حال وهي ان تراد الثابتة لانه يصير جامعا بين اجنبية ومنكوحة لانه لا عدة لها قبل الدخول فتنصف فيثبت
به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة وثلاثة ثمن مهر الثابتة فيضم الى ما سقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة اثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق
ربع الداخل والثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المصنف في جوابه قيل هذا اى المذكور
في الطلاق قول محمد وعندهما فيسقط ربع مهر الداخل لا الثمن فلا يتم به الالزام وقيل بل هو قولهما ايضا والفرق ذكر المصنف انه ذكره
في زياداته وذكر تمام تفريعاتها ايضا فيها اما التفريعات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت احد وبعد موت احد العبدين واما التفريعات
في الطلاق فمنها ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن يقسم بين الداخلة والاوليين بنصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين
اعني الثابتة والنصف الاخير بين الاوليين لان احداهما ليست اولى به من الاخرى ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة
والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان اوقع طلاق
على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت
الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول في الخارجة صح عليه بيان
الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة والداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني
على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول وان اوقعه على الثابتة [illegible] الخارجة ايضا لما تقدم واما الفرق
فهو ان الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا في حق الثابت اما على قول ابي حنيفة رح فظاهر لانه عتق
نصفه وهو يقول بتجزي الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فيصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه ايضا بخلاف الطلاق
لانه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه دائرا بين كونه موجبا
سقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلاف العتق واما على قول ابي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر
بين ان يكون حرا وبين ان يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابي حنيفة ولا شك ان المراد من كون الثابت
عتق نصفه على قول ابي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما اقتضى
عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بتعتق نصف احدهما لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد
يقال من طرف محمد ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدور كل ايجاب وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابتة عتق اصلا ويجاب بانه انما يعتبر حال صدوره
لو كان تعرف حكمه اذ ذاك ونحن انما نريد ان نعرف حكم الكلام بعد الموت والفرق آخر وهو ان الكلام الاول يتعين فيه في حق الداخل حكم قبل العتق وهو وقوع العتق الآخر
عن المهر فلا يحتمله من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المرأة فيعتبر تحيزا في حق البراءة واذا اعتبر تحيزا كان الكلام الثاني منتشرا بين ان
يوجب او لا يوجب شيئا فاوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة اثمان مهرها

فمن قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح

ومن الشاة حتة كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثمنه ثلثة اثمان حصة وتستحق ثمنا واحدا. هذا ولا يخفى ان تخصيص ابي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي انه لا يقول بتجزي الاعتاق في الاعبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له اي لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الآخر المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك رح وعند احمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق اصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت ان يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذي قلته او يقول انت حر بذلك العتق او اعتقتك بذلك العتق اما اذا اقتصر على قوله انت حر ثم قال اردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا لان هذا اعتاق آخر نازل فيه الاول ووجه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا او فاسدا مع قبض ودونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف يختص بالملك سواء كان منجزا عن الملك كما لو نجز عتق احدهما او باعه او لا كالاعتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصد استبقاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بيانا لعتق الآخر وحكما كما اذا مات احدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختياريا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قريبه لان الانشاء صفة الالفاظ بل لزم من طريق الحكم وذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق احدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي ولا يقع به البيان في العتق المبهم المنجز بل يقع به في العتق المبهم المعلق كما قال اذا جاء زيد فاحدكما حر فلو مات احدهما قبل الشرط او تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد ذكرنا انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد الشرط فلا يعتبر ذلك الاختيار قبل وقته كما لو قال انت حران دخلت هذه الدار او هذه ثم عين احدهما للحنث لا يصح تعيينه

ولو باع احدهما او كلاهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد يثبت حكم العتق المبهم فيعتق احدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل التسمية المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت ثم قال له ثم آخر احدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب احدهما او آجره يكون بيانا واذا استخدم احدهما او قطع يده او جنى عليه لا يكون بيانا **قوله** لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع اي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه وللعتق من كل وجه اي لم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله احدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير قصد استبقاء الانتفاع به مدة حياته وان يعتقه بعد موته والمقصودان من الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فتعين له الآخر دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احدهما ايهما وطئ باحدهما فعلقت لانها صارت ام ولد فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبرة وقصده ابقاءها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطئ بالعلوق لان الوطئ غير المعلق ليس بيانا عند ابي حنيفة كما تذكر

المقصود ... [illegible] ... كالبيع ...

لم يبق بعد ذلك كالبيعة ... [illegible] ... فهو جامع ... [illegible] ... لو قال لامرأتيه ... [illegible] ... احدى امرأتين

بالوطء ... [illegible] ... لان الوطء لا يحل الا في الملك ... [illegible]

معينة لكان وطيها حلالا فلا يحصل بيانا ... [illegible] ... الطلاق وقال ان الطلاق ... [illegible] ... لان الايقاع في المنكر ...

في المنكرة ... [illegible] ... للمعينة ... [illegible] ... قبل البيان ... [illegible]

بالوطء على سيد دل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة ... [illegible] ... ولا يحصل من الشيخ ... الولد وقصد الولد

... [illegible] ... المقصود ... الاستبقاء

واستشكل على تعيين الآخر بموجب احدهما لو اشترى احد العبدين وسمى ثمن كل واحد بالخيار يأخذ ايهما شاء فمات احدهما

يتعين الميت للبيع لا يصح مع ان بالموت لم يبق محلية البيع كما لم يبق محلية العتق وكذا لو قال لامتيه احدى كما حرة او ام ولدي

ثم مات احدهما لا يتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الاول بالفرق فانه عند اشراف احدهما على الموت تعين

البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعيب فانما تعين البيع وهو حي لا يتعين العتق بالاشراف

على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بانه ليس ايقاعا

بصيغته بل اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله لا طلاق جواب الكتاب

ما قلنا اي من انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق قوله والهبة والتسليم والصدقة

والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك روي عن محمد في الاملاء اذا وهب احدهما واقبض او تصدق فاقبض عتقت الاخرى ولو

ذكر الاقباض من التوكيد الا الشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما ان البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك كما في المساومة اذا

عينت الآخر وليس فيما خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد بهما داخل في طريق الملك انه لو عينه

قوله وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما يعني تطلق الحية لما قلنا في العتق من عتق الباقي بموت احدهما

لعدم محلية العتق وكذا لو وطئ احدى المرأتين تطلق الاخرى لما بين في المسئلة الامتين التي تليها قوله ولو قال لامتيه احداكما

حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وبه قال احمد لانه عاقدت ... الا في ... ولو قال احداكما مدبرة

ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الانتفاع بخلاف العتق وقالا تعتق وبه قال الشافعي ومالك في رواية

لهما ان الوطء لا يحل الا في ملك وواحدة منهما ليست في الملك لعتق احدهما بذلك الكلام وكذا لو قطعنا النظر عن وجهه

لكل منهما فكان بوطء احداهما مبينا مستبقيا لملكها فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احداكما

طالق ولم يدخل بهما ودخل فقال طالق بائن او ثلاثا ثم وطئ احداهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا

لا يكون الوطء بيانا لطلاق الاخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ذكره في النوادر وحمل ثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في

الزيادات لا يثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء وله ان الملك قائم فيهما جميعا حتى كان له وطؤهما ولهذا لو وطئهما بشبهة كان

الواجب عقر مملوكتين ويكون له طلوه وانما يزيل الحل بزوال الاصل وهذا لان العتق في المنكرة اي المبهمة الدائرة بين كل

منهما وهي غير المعينة وتنافيها لان المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمبهمة احد دائر بينهما ووقوعه في المعينة

مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته ان طلقتك فانت طالق او لامته ان

كانت حرة فان له وطيها قبل الشرط لقيام الملك في الحال قولهما احداهما حرة ان اريد المعينة منعناه او المبهمة سلمناه ولا يفيد

لان الوطء حينئذ يقع في المعينة فوطيها لم يقع في محل الحرمة فحل فاذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء احداهما دليلا على تحريم الاخرى بعتقها

وما يلزم هذا كان الحلال وطء احداهما فقط وهو ممنوع ورد بعد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزم حل وطيهما

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا

لتقررها في حينه والمطلقة هي المبهمة فاذا حرمت بتعيينه حلها بما والتعيين احديهما للطلاق وبمجرد وطى احديهما تبين الاخرى فحرم بخلافه في العتق هذا اصل المسئلة وهو انه كما كان الوطى بيانا في الطلاق يجب ان يكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المعينين بحكم انما المطلقة هي المبهمة ولا جواب له سوى ان الدال في الاصل في الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستيفاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذا كان الواجب اخراج احداهما عن الملك وهو مبطل فيدار على دليله وهو الوطى لطلب الولد فان طلبه يفيد استيفاء من هو منها كيلا يضيع ماله ووطى المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها لا وطى الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطيها من جهة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا فالكيفي في دليلها ان يقال وطى احداهما دليل استبقائها كالوطى في الطلاق المبهم وفيه وجه قوله منع دلالته والفرق لما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وحل وطيهما ثم القول بانه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق انه لا يحل وطيهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع في الاصول مسئلة بجواز تحريم احد اشياء كما يجوز ايجاب احد اشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم احد اشياء جواز فعلها الا واحدا الا انه لو فعلها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولم يعلم خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطى لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطى وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق احديهما لا بعينه وبهذا ينفي وطيهما وطئ الحرة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف اخذه ارش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطى وعزامة قيمة مملوكين كذلك ايضا وانما وجبت نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما تنصف لان احديهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة امة اذ ليست نصف كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير تيقن بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تتعدى وهنا تحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما وقولهم وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطيهما غير صحيح اذ لا تعليق بل منجز وموجبه الشرع تعيين محله ولو كان معينا مع انه لم يجبر على ايقاعه وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فيعرف انه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة احكامه من حل الوطى قبل الشرط فيها وابو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تقليده الملك فيهما وحل وطى احديهما **فروع** من البيان قال لامته احداكما حرة ثم قال لم اعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم اعن هذه الاخرى عتقت الاولى ايضا عتقتا لان قوله لم اعن هذه اقرار بعتق الاخرى فاذا نفاها عتقتا وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين علي الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للاخر شيء فالفرق ان البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلاف في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال امة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان فان كان له امة وعبدان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثه وتسعون في الباقي ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا امتين عتق من كل نصفها او ثلاثا عتق من كل ثلثها ويسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى اعلم

قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ويسعى في قيمته لنصفها ونصف الجارية وتسعى في النصف والغلام عبد لان كل واحدة منهما

وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولاً وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية

والجارية يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولاً فتعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعاً للام في الرق والحرية اذ قد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهي ما اذا ولدت الجارية اولاً لعدم الشرط فاذا اعتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وامه رقيقة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه اولاً لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد في الكيسانيات في جملة المسئلة انه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه فاعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فمن هذا حكم الطحاوي بان محمداً كان اولاً مع ابي حنيفة وابي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط ان هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الجارية اولاً فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم ارقاء الغلام
وانما جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان اول ولد تلدينه غلاماً فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدرى الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك ان هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة تعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية اولاً عتقت بالشرط وان ولدت الغلام اولاً عتقت تبعاً للام واما في مسئلة الكتاب فلا عتق للام فلا تعتق الجارية الا بولادة الغلام اولاً فترق الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده اذا كان في طرف واحد كان القول قول من انكره كما اذا قال ان دخلت غداً فانت حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا فالشك في شرط العتق وكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولاً واما اذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجوداً لا محالة فيحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف بلا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة وبنتها لوجود الشرط وقد عرف ان الامة لو انكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز ان يدعي رجل حسبة فاذا لم يكن بينة يحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور في المبسوط تعليله صريح بان الام تدعي العتق والمولى ينكر فالقول للمنكر مع يمينه وافاد ان ذلك في صورة دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب واعلم ان ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته ابطال قول ابي حنيفة وابي يوسف مع انه لم تزد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب استدلالاً بان الشرط الكائن في طرف واحد الخ قد ينظر فيه بان ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فانت حر ونحو ذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلوة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبيني الخ فيمكن ان تكون الولادة من الامور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما في الجامع

قوله وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولاً وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين بالله ما يعلم ان الغلام ولد اولاً لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية معاً لان دعوى الام حرية الصغيرة ثبت في ضمن دعواها حريتها نفسها لانها نفع

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرناه لأنه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى **قال** وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وإن شهدا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق إحداهن وهذا بالإجماع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق

تختص مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة لعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتها فعتقتا فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا من الحرية لنفسها وباقي المسئلة بحالها يعني ولدتها فادعت الأم تقدم الغلام وأنكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الأم خاصة بنكوله لأن دعوى الأم حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لأن الدعوى عن الغير إنما تصح بولاية أو نيابة وبها تنتفيان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الأم حريته نفسها دعواها حرية البنت فإن قيل إذا ثبت عتق الأم ينبغي أن تثبت حرية بنتها لأنه لازم له فلا وقت الجبر تبيا الحكم بحرية الأخرى أجيب بمنع كون عتق الأم بالنكول متحققا لوجود الشرط لجواز كونه بذلا لما ليتها من المولى ليترك المحاكمة أو إقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبأن النكول جعل إقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقر به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الكفيل كفيلا ولو كان إقرارا من كل وجه صار كفيلا **قوله** ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة والباقي بحاله يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا من أن دعوى الأم حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى **قوله** وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية وهي ما إذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أولا أو اتفقوا على أن ولادة الجارية أولا فلا يعتق أحد في الثاني ويعتق كل الأم والجارية في الأول وبها تتم الأوجه للمسئلة ستة **فروع** في المحيط لو قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وإن كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الأول عتق نصف الأم ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين أما الأم فلأنها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لأنها تعتق في حالين وترق في حال بأن كانت ولادة إحدى الجاريتين أولا وأما الغلام فإنه يعتق في حال بأن ولدت إحدى الجاريتين أولا وترق في حال بأن ولدت الغلام أولا وأما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لأن إصابة الحرية بجهتين متعذر لأن الشخص إذا أعتق تبعا للأم لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه وإذا أعتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للأم فلا يمكن إصابة إحدى الجهتين والغينا إصابة العتق من جهة الأم واعتبرنا الإصابة بعتق نفسها لأنها أقل وهو المتيقن فإن كانت ولادة الغلام أولا لا تعتقان ويعتق نفسها وإن كانت ولادة الجارية ولا تعتق ولأخيرة تعتق نفسها فثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت نصف بينهما وقال أبو عصمة ينبغي أن يعتق من كل ثمنه أرباعها لأن الغلام لو كان أولا تعتق الأم فتعتق الجاريتان بتبعيتها ولو كانت إحدى الجاريتين ولادتهما الغلام عتقت الجارية الأولى والأخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الأئمة قول أبي عصمة وقال هو الذي يوافق ما تقدم **قوله** وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة إلا أن يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق أي عتاق الأصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا بتدبير أحدهما مطلقا في صحته أو مرضه لأن التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله **قوله** وأصل هذا أي أصل هذا الخلاف أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد مطلقا أو في حرية الأصل بلا ...

والمسئلة معروفة وإذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لأنه لا يشترط فيها

الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قال رشيد الدين ان الدعوى عنده ليست شرطا في حرية الاصل بل في العارضة فقط بخلاف ما على عتق الامة فانها تقبل بلا دعوى بالاتفاق وعندهما تقبل بلا دعوى والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق ومن انكرت الامة العتق ولا يلتفت الى انكارها وتعتق لانها متهمة لانها متهمة ولذا على طلاق النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت ويجبر على ان يوقع على ما هي **قوله** والمسئلة معروفة وجه قولهما ان المشهود به هو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكوة ويسع وزره وخلفه به فلهذا لا يحتاج الى القبول ولا يرتد برده اقرار السيد بحرية العبد برد العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو اقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل واقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا يكفي شهادة الواحد لانه وان كان امرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال مالية ماله فلهذا اشترط في الشهادة عليه اثنان ولابي حنيفة رح ان العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من المالكية او هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به على الخصوص ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تم ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ولا ثبوت للازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى انه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب ان يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها حتى نقول لو كان العبد ايضا متهما قبلت بلا دعواه وذلك بان لزمه حد قذف او قصاص في طرف حتى لو انكر العتق ولا يلتفت الى انكاره قلنا فرض الكلام فيما اذا لم تنكر فلكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق اولا هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت اولا او ثانيا فان حاصل التقدير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى اما حقه سبحانه فما ذكرتم واما حق العبد فانه يصير به مالكا لاكسابه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ قوله في الشهادة والانكاح بنت وحصول ميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى ان لم تحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على ان الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا الا يرى ان العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك على انه لما اجتمع على العتق الحقان فتعلق لحق الله تعالى فلهذا لا يمنع التناقض في حرية الاصل ولا في الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين ورد عليه ايضا عتق الامة فان فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه وايضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوتها لانه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانما يتعارضان لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي ان لا يثبت بل الحق ان المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح لا يثبت شرعا الا احتياطا في امره وتوكيده وامر الفروج محتاط فيه فالاحتياط ان لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شيء آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلهذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة

واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسألة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة و
عندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها
ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة وان لم يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما
لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق
احد العبدين هذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على
تدبيره في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا
العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق
في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا

والطلاق وبين عتق العبد بان حق سبحانه الثابت هو حرمة الاسترقاق بالتبع فالدعوى ليس من التأكيد بحيث يجب ان تثبت بلا دعوى بما يقولان في جميع
حقوق الله تعالى يجب ان تثبت بلا دعوى لانه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتتضمن شهادته دعواه واما حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى
فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائبا عنه وبهذا القدر يحصل المقصود فان المثبت في الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيها لو انكر العبد العتق والتهمة
مع سبب الترجيح وترجح حقه تعالى ولا يقال المقرر ترجيح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بان كان ثبوت احدهما ينفي معه الآخر وهنا ثبت
حق العبد مع حق الله تعالى جل ذكره اذا اثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد سابقا عليه انما فيه ما يثبت على زعمه **قوله** واذا كان دعوى العبد شرطا
عنده لا تتحقق في مسألة الكتاب اي الجامع الصغير وهي ما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه لانه عتق المبهم والدعوى من المجهول لا تتحقق وانما تتحقق في المعين فتنتفي
المطابقة بين الدعوى والبينة وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين احدهما **قوله** ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه الخ جوابه عما قد يقال اذا كانت
الدعوى ليست شرطا عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي ان تقبل على عتق احدى امتيه والواقع انها لا تقبل عنده اجاب بانه انما لم يشترط الدعوى في الشهادة
على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا فشابه الطلاق وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى كذلك وكذا هنا والعتق المبهم
لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الامة تحريم
فرجها على المعتق لشرطت في عتق الامة المجوسية والتي هي اخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها
لحرمته في الاوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب انه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فان وطء الاخت من الرضاع المملوكة ليس
بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فاثبت تحريما مؤجلا بانقضاء العدة واما الامة المجوسية
فينبغي ان تشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطئها مملوك له وانما منع منه شرعا كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك والوطء فيه ما فيه **قوله** هذا كله اذا شهدا
بعتق احد العبدين في صحته اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه ليكون شهادتهما بالعتق هو وصية وهو المستثنى
في اول المسألة وقدمنا ان التدبير حيث ما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته او بعد وفاته
يقبل استحسانا لان عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى واذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصي لان تنفيذ الوصية من حقوق
الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي او الوارث بخلاف حالة الحياة فان الخصم في اثبات العتق ليس مع السيد لانكاره بل
هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان هو ان الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الوصي كان كل من العبدين وهما معينان وفي حالة الحياة لا تقع خصومتهما
لانه لم يعتق منهما شيء بالعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن اعتق احد عبديه فمات
قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى ان المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا يقام البينة الا على منكر فقد عن بعض الشارحين
ان تكون الورثة منكرين ذلك فهذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي او وارثه يعني الوصي ان كان الورثة منكرين والورثة ان كان الوصي منكرا فقيل فيه مشكل
ما لو كان كل من الوصي والوارث منكرا فلا تبطل البينة لانها شهادة بوصية للميت واحد منهم خلفا ولا خلف الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا وايضا قوله
واداء الشهادة في مرض موته الى آخره يفيد انها تقبل في حياته وانت علمت ان قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لان المدعي
العبدان وهما غير من اثبت فيه العتق اعني المبهم والحاصل ان تنزيله مدعيا لا يكون الا بعد موته واما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت

ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احد كما حر قد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

لعدم المدعى والمخلص لا تقييده اذا كان المريض قد اصمت حال اداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب ان يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى ان يموت فيقضى بها ولا يحتاج الى اعادتها وان عاش فيطلق لسانه فتبرد لعدم الخصم المدعى **قوله** ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر لا رواية فيه عن ابي حنيفة واختلف المشايخ في تخريجها على قوله فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية لاسنادها العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا تقديرا وقيل تقبل لان العتق شائع بعد الموت فيصح دعواها كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال بجواز ان يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى باحداهما وتبعه صاحب التحفة فقال هو الاصح ولقائل ان يقول شيوع العتق الذي هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله احدكما حر ولا ثبت له الا بالشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو اثبت الشهادة بصحة خصومتها وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور وما لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه **فروع** شهدا انه حرر امته بعينها ونسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما كلفا وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه سماها ونسيا اسمها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب ان يكون قولهما كقول زفر في هذه لانها كشهادتهما على عتق احد عبديه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا انه اعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما الا انهما قالا له عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان معينا كما اوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما ان القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف ما لو شهدوا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول ابي حنيفة لانه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تتحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب بخلافهما وهذا فصل في الشهادة على العتق اذا ادعى العبد العتق واقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى وفي الامة اذا قالت شاهدي الآخر حاضر يحال ولو اقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في امر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذت فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا اقام شاهدا واحدا شهد بعتق عبده واختلفا في الوقت والمكان او اللفظ او اللغة او شهد احدهما انه اعتقه والآخر انه اقر انه اعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلافهما فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد احدهما انه اعتقه والآخر انه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به معنى لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة وازالة الملك كذا في المبسوط والمحيط ذكر قبله من ان اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مودى اللفظين واحدا معنى ولا يخفى ان التعليل الذي علل به قبولها عند الاختلاف لفظا من ان العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضي انهما اذا اختلفا في انه اعتقه او وهبه لنفسه انه يقبل ولو اختلفا في الشرط الذي اعتق به العتق فاحدهما جعله كلام زيد والآخر الدخول مثلا لم تجز اذ لا يمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين ولو اتفقا على انه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فانهما فعل فهو على ثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد احدهما انه اعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام وكذا الاختلاف في مقدار الجعل والمولى منكر الجعل سواء ادعى العبد اقل المالين او اكثرهما ولو كان المولى يدعي اقل المالين والعبد ينكر عتق لاقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لان كل واحد شاهد به هو الذي يشهد له بالاكثر فان ادعى العتق بالف وخمسمائة قضي عليه بالف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان العبد عتق باقرار المولى فانما تقوم على المال من العبد على الف وخمسمائة وشهد له شاهد بالف والآخر بالف وخمسمائة يقضى بالف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سياتي في الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهدا انه اعتقه ان كلم زيدا فالآخر ان دخل فاتيا فعل عتق لثبوت كل من الشرطين

٨

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوض عنه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

بحجة تامة ولو تعارضت بينة العبد والمولى في مقدار ما اعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو اقام العبد البينة على انه قال ان اديت الي الفا فانت حر واقام المولى انه انما قال ان اديت الي الفين الى اخره فالعبد حر ولا شيء عليه لانه اثبت بينة تنجيز الحرية فيه ولو اقام العبد البينة انه باعه نفسه بالف واقام المولى انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الاصل ولو باعه نفسه بالف فاداها فاستحقت من المولى كان حرا وللمولى ان يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا باداء المال وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدى مسروقا او مغصوبا من المولى فغرم رب هذا المال على المولى كان مستحقا عليه فيقع من الوجه المستحق في الحكم ويكون له ان يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمته لانهما اتلفا مالية العبد على المولى اذ قد اقرا بالرجوع انهما اتلفا مالية على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بان المولى كان اعتقه ان شهدوا انه اعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وان شهدوا انه اعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا ان عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به انه لم يكن ثمة بيع لذلك وتبين ان الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم وانما اخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى لا مع لما شهد به الفريق الثاني فان العبد محكوم بحريته فلا يمكنه ان يدعي العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر آخر هو حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق على حلفة لا اشتم الدهر مسلما * ولا خارجا من في زور كلام * وقال امرؤ القيس حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما ان من حديث ولا صال * والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق كالمؤخر في السببية عن المنجز قدمه عليه لما عرف من ان يوالي التصرف الذي يصح تعليقه بالحلف به كما فعل في الطلاق فلم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون اضبط لاحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه فلا تتفرق احكامه في الابواب وفي العتق بالحلف به اعلم ان بعض من لا خبرة له يعلق الطلاق بالملك قبل الملك جائز في العتق روي ذلك عن احمد للفرق بان الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحة مطلقا وفيهما قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق اي ذلك المملوك الذي اشتراه ولما كان عتق نحو المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا ان يكون مضافا الى الملك قرره ليوجه اليه بقوله لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظا اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف المملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول حر وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا بالملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بما ملك قبل الدخول ويقارن بقاؤه الدخول فكانت اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول معنى بخلاف قول العبد لغيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى الملك لا صريحا ولا معنى ومعدول الحكم الى اللفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول ان كان في اللفظ انما اضيف الى لفظ اذ المضاف الى الدخول لكن معنى او غير ملاحظ وما لا ان المراد يوم وقت الدخول وهو وان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييد اليوم بكون ذا الدين به مطلق الوقت يصير المعنى وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا من الاستعمال الفصيح في نحو يومئذ يفرح

ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي في ملكه الى وقت الشرط ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين قال ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال وان قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املك للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين

للمؤمنون فانه لا يلاحظ فيه وقت يغلبون بل يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ونظائره كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف ان لفظ اذ فيه كتنوين للعوض عن الجملة المحذوفة او عماد الامعنى التنوين ولكنه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير في اقوال اهل العربية في بعض الالفاظ لا يخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى دخل يعتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بينا اي من ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم **قوله** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ بل قال اذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لان قوله كل مملوك لي يختص بالحال اي الجزاء حرية المملوك في الحال يعني في الحال بمملوك اي المملوك في الحال حرية في الحال الا انه لما دخل الشرط عليها تأخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي ما لا ان اسم الفاعل والمفعول ان سماه حقيقة في حال التلبس بما نسب اليه على وجه قيامه به او وقوعه عليه واللام للاختصاص اي للاختصاص من جهة معنى متعلقها اليه اي معنى اسم المملوك فلزم من التركيب اختصاصه بالمتكلم بالمتصف بالمملوكية في الحال هي اثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه باثره في الحال لا يثبت الاثر بلا مؤثر ويعتق بقول القائل كل مملوك لي حر العبيد ولو مرهونا او ماذونا او مديونا والاماء والذكور والاناث وامهات الاولاد والمدبرون واولادهم ولا يدخل المكاتب الا بالنية لانه مملوك من وجه دون وجه ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر وفي الاستحسان يصدق ديانة ... الذكور يعم النساء حقيقة ووضعا ولا يدخل المملوك المشترك ولا الجنين الا ان يعينهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول ابي يوسف الا ان ينويهم ... العبد التاجر دين وقول محمد يعتقون نواهم او لا الا ان ... وفي قول ابي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال فيما استقبل عتق ما كان في ملكه وما يملكه اذ الملك انه قصد تغييرا يدل عليه ظاهر اللفظ فلم يعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما استقبل لان التعليل يشير الى ان عتق ما في ملكه بهذه النية انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكي كلهم احرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لي نوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي كل منهما تخصيص العام فالجواب ان كلهم تاكيد للعام قبله وهو مماليكي لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فان الثابت به اصل العموم فقط فقبل التخصيص **قوله** ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق سواء ولدته لستة اشهر من وقت القول واقل منها او ولدته لستة اشهر فلان اللفظ اي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من جهة في قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده فجاز ان لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال لم تقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر ان مدة الحمل لا يكون الا اكثر من ستة اشهر واما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر فلان التيقن بوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما ينصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا للام كعضو من اعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للام والدليل على انه يعتبر في الشرع نفسا مملوكة انه لا يجزي عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره قال المصنف وفائدة التقييد بالذكر انه لو قال كل مملوك لي حر يدخل الام في الحال فتعتق حملها تبعا وهذا يعلم ان لفظه مملوك للذات متصفة بالمملوكية وتقييده بالذكر ليس من المفهوم الكلي بل لما بينا من ان مفهوم مملوكه فيكون مملوك عام من مملوكية لتانيثه بتمام الذات على التانيث لا الا الى ما علم التانيث بما ان الاستعمال استمر في ملاحظته فوجب متابعته **قوله** وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد ففي البيع بعد غد ويحمل الاملاك او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك في الصورتين فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف دون المشترى لان لفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل جاء الظرف ووجه ان كل مملوك املكه انه للحال لكن الشك لان املك للحال حقيقة يقال انا املك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولهذا يستعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف ونحوهما كما سنذكره والتحقيق ان ... على ما عرف في النحو وهذا احد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال الملك وان

ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده يوم حلف
اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وإن مات عتقا من الثلث وقال أبو يوسف رح في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما
استفاد بعد يمينه وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بينا فلا يعتق به ما سيملكه
ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة
الراهنة ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها والإيجاب
إنما يصح مضافا إلى الملك أو إلى سببه من حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا بالحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز

وإن كان حقيقة في الاستقبال إلا أنه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا فيقال أملك كذا ويراد الإمكان كالحقيقة في الحال والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظانا أن مذهب النحاة ليس إلا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه وأعجب منه جواب من زعم فدفع عن المصنف بأن قول المصنف أنه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لأن المشترك حقيقة في المعنيين انتهى فترك النظر إلى قول المصنف ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة وهذا صريح في أنه في الاستقبال مجاز لا يجامع شرطها بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة وما اختاره المصنف مذهب المحققين منهم كأبي علي الفارسي وغيره فاستدل عليه بما ذكر المصنف من أنه لا يراد الاستقبال إلا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال وأما اختيار عكسه في المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبي حنيفة فكان ينبغي أن يكون الجواب عنده على خلاف المذكور وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال لغلبة الاستعمال عند عدم القرينة المعينة لأحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو سافر وأتزوج فإنه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة وإذا ثبت أنه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر مطلق لا يجوز بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن أبي يوسف في النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وإنما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر وهذا لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب الواجب المروي عن أبي يوسف أيضا لو لم يرد به الحال فقط فإما أن يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم إما تعميم المشترك أو استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما إذ كل في الحال والمستحدث عنده ملكه لأنه صح في المعنى كل مملوك لي أو سأملكه مدبرا وكذا إن أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب إليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان في ملكه حال التكلم وملكه إلى غد خلافا لأبي يوسف فإن على قوله لا يتناول إلا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه إلى ستة أشهر أو إلى أن أموت أو أبدا لزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الأقسام فتعين الأول وهو أن يعتق الكائن في وقت التكلم فقط وما لزمه ما ذكرنا وعرف من هذا أن صور التراكيب ثلاثة أقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك أملكه إلى سنة ونحوه وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غدا فعلى قول محمد رحمه الله يعتق في الغد ما كان في ملكه والمستحدث خلافا لأبي يوسف وقول محمد أقيس بمسئلة يومئذ بقليل تأمل قوله ولهما أن هذا أي مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح

ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المترقبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة الحصر
استقبال محض فلا يتناوله حتى تحقق اللفظ عند الموت فيصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر
بعد موتي قوله بعد عطف على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء الحال محض استقبال فافترقا
ولا يقال الكل جمع بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية واذا لا يجوز بيعه

ايجاب عتق وايصاء لان حاصل التدبير ايجاب العتق مضافا الى ما بعد الموت وما هو الا ايصاء به فوجب ان يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء اللذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول في الحالة الراهنة لسبب المناسبة لما فيها والزمن المستقبل من الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة ايضا للاتفاق على انه لو اوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو اوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك اولاد وخلوا واستحقوا الموصى به وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كانه قال عند الموت كل عبد لي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد املكه فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في حقيقته حتى لفظ الملك وهو ممنوع عندنا اورده المصنف واجاب بان الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وانت تعلم ان هذا قول العراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف ما فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو امكن ان يقال ان اللفظ اوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا فانما يحتاج اليه عند موته من قوله فلا يتعلق به عبارته عند ملكه الكتابة لانها لم تتناول الا الحال وللمقدرة لتأخير تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا لا مطلقا ولا مقيدا كان مع اقتضاء الاشكال فروع من تعليق العتق قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك له فلا يعتق الا ان يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق او يزول الا بالتسليم الا ان يكون المشتري لغيره قبل البيع ثم يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقته لو جاز ان يقال ان وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرير زواله ولو قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك وليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق اتفاقا خلافا للشافعي به لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط لما كان مجموع امرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبناؤه في الطلاق ولو دخل احداهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لم يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع امرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فانت حر اذا كلمت فلانا فدخل ثم اشتراه فكلمه فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كانه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه انت حر اذا كلمت فلانا كان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا تنعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه فمات لم يعتق اذ علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك او مضافا اليه اذا

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق الكفالة

لم يعتق برؤيته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه فلم يفعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والعتق يتجزى عند ابي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله ولا سعاية ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من بهيمة او حجر او حمار وقال احدكما حر او قال هذا وهذا عتق عبده عند ابي حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا ان ينوي به ومثله واصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال احدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية بالجزم ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب انما كقوله هذا حر او لا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فانت حر فشهد فلان وآخر انه دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمت فلانا فشهد هو وآخر انه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان انه كلم اباهما ان جحد الاب جازت شهادتهما لانها على ابيهما بالكلام وعلى نفسهما لوجود الشرط وان ادعاه ابوهما فعند ابي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للشهود فيه لابيهما ومحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وابو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان الشهادة تمامها تظهر ان صدقه فيما يدعيه تقدم مثله في الشهادة والله اعلم بالصواب

باب العتق على جعل اخر هذا الباب عن ابواب العتق منجزا ومعلقا كما اخر الخلع في الطلاق لان المال في هذين البابين من الاسقاط غير اصل بل الاصل عدمه فاخره لما ليس باصل عما هو اصل والجعل ما يجعل للانسان على شيء يفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبطها بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للعزيزي وديوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان قوله ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف او بعتك نفسك بالف او وهبتكها على ان تعوضني الفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما اذا طلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت له ملك في العوض فكان من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان في ملكه حكما معاوضة وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه لو كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده او اعرض بالقيام او باشتغاله بعمل آخر بطل ليس له ان يقبل بعده واذا صار دينا على الحر صحت الكفالة به على ما ذكر في الاصل عتق امته على مال فقبلت ثم ماتت ولم تترك شيئا فليس على الولد من ذلك المال شيء لانه ليس على الوارث في دين المورث شيء ولو كانت اعطت في حياتها كفيلا بالمال الذي اعتقها عليه جازت لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافي … بقوة حصول العتق … المبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل … هو الرق … ينبغي ان يكون … ودلالة الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه الا بادائه او ابرائه … وبدل الكتابة يسقط بدونهما

والاطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره الجهالة في الوصف لانها يسيرة

قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة

بان عجز نفسه كما لا يصح الكفالة به وجاز ان يستبدل به ما شاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز ان يستبدل به كالاثمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام قوله والاطلاق لفظ المال اي في قوله على مال ينتظم انواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كما في غير حنطة وان لم يقل جيدة او صعيدية وكفرس او حمار وعبد لان الجهالة يسيرة فتحتمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل بعضهم كونه معاوضة مال بما ليس بمال بان العبد لا يملك نفسه يعني الحاصل له في مقابلة المال ليس الا ان نفسه بالنسبة اليه ليس مالا لانه يبقى على اصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تاخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد ونحوها بعين ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو اتاه بالقيمة اجبر المولى على القبول كما في المشهور وهو مذهب مالك واحمد ولو لم يسم الجنس بان قال على ثوب او حيوان او دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو ادى اليه العبد او العرض فاستحق ان كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله وقد علمت ان القيمة في مثله مخلص وان كان معينا بان قال اعتقتك على هذا العبد او الثوب او بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم انه لو اشترى شيئا بالعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا ان في البيع اذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا في المال جنسه او مقداره بان قال المولى اعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة او على الف وقال العبد على خمسمائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو انكر اصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى لانها تثبت الزيادة او لانها تثبت حق نفسه بينة ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالاداء وهي التي تلي هذه المسئلة اعني قوله ان اديت الي الفا فانت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه ثابتا فلا يعتق الا بالاداء وهنا الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق وكان القول للمولى وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لا منافاة بين البينتين لانه يجعل كان الامرين كانا فاي الشرطين اتى به العبد يعتق ولان في الالزام وفي بينة العبد معنى الالزام اتم فانها اذا قبلت عتق العبد بخمسمائة ليس في بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم العبد اداء المال بهذا فاعرف اتيني المسئلتين ولو قال المولى اعتقتك امس على الف فلم تقبل فقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه اقر بتعليق العتق بقبول المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط وبقوده زوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال له قلت لك امس انت حر ان شئت فلم تشأ وقال العبد بل شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب امس بالف فلم تقبل فقال الآخر بل قبلت القول للمشتري لان القائل اقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما اقر به قوله ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الفا فانت حر ومعنى صح اي التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ... الكتابة ليست صريحة في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد ماذونا ضرورة الحكم الشرعي بصحة ...

وان أحضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض

التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضي ان يمكن شرعا من الاكتساب ولانه رغبه في الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى المال منه فيلزم ان يجعل ماذونا لان الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المتقدمين لمعظم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فادى عتق لوجود الشرط قوله واذا احضر المال اجبره متن
الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها ان ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو مد يده اخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم ان يحكم بانه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا اما لو كان خمرا او مجهولا جهالة فاحشة كما لو قال له ان اديت الي كذا خمرا او ثوبا فانت حر فادى ذلك لا يجبر على قبوله بمعنى لا ينزل قابضا الا ان اخذه مختارا واما عدم العتق في قوله ان اديت الي الفا فحججت بها فانت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يتحقق بوجود المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا ان كان قال ان اديت الي الفا احج بها يجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والحج مشورة وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول اي لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان اخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه
مقطعاً تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل الشرط ولا يجبر على ان يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا اتى به اما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم ان الكتابة قد ثبتت بصيغة الشرط اذا انضم اليه ما يقتضيها كقوله ان اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره
مقدمة في الذخيرة مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة في مبسوط شمس الائمة وذكر ان هذا هو المذكور في نسخ ابي سليمان وفي نسخ ابي حفص لا تكون مكاتبة وله بيعها لانه تعليق بشرط وهو ان يؤدي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية ابي سليمان انه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص بما لو قال ان اديت الي الفا في هذا الشهر فلم يؤده فيه واداه في غيره لا يعتق اتفاقا واجيب بان ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التامل قوله ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال لينال العبد شرف الحرية من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهذا معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان اديت الي الفا فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت ادائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت حكمه كذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد اجيب بان هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان اريد بالمبدل العتق اما ان اريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى ان المال ملك السيد فكيف يعتق بادائه وان انزل مكاتبا كما ان المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيف ما قرر واما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط ودفع التضرر السيد لو

قوله وإن أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي

يمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع أنه لم يجب عليه أداء مال وتسري الحرية إلى المولود للأمة المعلق عتقها بالأداء بخلاف ما لو كان حيًّا لأن رق الولد وحريته تابعة لأمه والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه أي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقًا وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة إلا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت الأداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها إلا ما هو بعد الأداء وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفًا فإن له أن يرجع بقدره جيادًا وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وإنزاله قابضًا إذا أتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت الثمرة بالنسبة إلى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الأولى ما إذا مات العبد قبل الأداء وترك مالًا فهو للمولى فلا يؤدى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة والثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الألف لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر أنه لا موقع لها إذ الفرق بين تحقق الإبراء في الموضعين يكون والإبراء لا يتصور في هذه المسألة لأنه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب يجب وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند أبي يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فإنه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله ويعد قابضًا ووجه قول محمد أن وجوب القبول لأنه قابضًا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير أنه لو قبل عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج من الملك لما عرف في الأيمان بالطلاق وقول أبي يوسف عندي أوجه لأن الكتابة التي تبطل بالبيع هي القائمة عنده وأنت علمت أن إنزاله مكاتبًا إنما هو في الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتبًا قبله بل الثابت قبله ليس إلا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة ثم معتبرة شرعًا لتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها ومنها وجوب القبول إذا أتى بالمال السابعة أنه يقتصر على المجلس ولا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا إذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة إن فإن كان لفظة متى أو إذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدي بخلاف المكاتب التاسعة أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة أنه إذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسب كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب الحادية عشر لو اكتسب العبد مالًا قبل تعليق السيد فأداه بعده إليه عتق وإن كان للسيد أن يرجع بمثله على ما سنذكر بخلاف الكتابة لا يعتق بأدائه لأنه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حينئذ يصير أحق من سيده فإذا أدى منه عتق **قوله** ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لم يعتق لأن شرط العتق أداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وأدى الباقي فإنه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط وإنما يجبر على قبوله لأنه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء في ورود منع هذه الملازمة وذلك لأن وجوب قبول الكل لأن به تحقيق شرط العتق الذي

اختاره

ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم

هو حق العبد وليس اداء البعض كذلك الا اذا كان في ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار انه محقق للكل لا باعتبار انه بعضه فلذا كان في هذه المسئلة خلاف وما ذكره المص هو المذكور في الايضاح وذكر شيخ الاسلام انه لا يحتسب قبوله كما ذكرناه وذكر في شرح الطحاوي ان عدم وجوب قبول قول ابي يوسف رحمه الله وانه القياس والاستحسان هو انه يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان ان وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو رفضناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه وما تقدم يعلم انه السيد لو حطه منه قبل ان يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من اداء الشرط

قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه بمثلها اما العتق فلوجود الشرط وهو اداء الالف حتى يعتق لو كانت الفا مغصوبة الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة واما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المص لاستحقاقها اضافة للمصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق نظرا في العرض وهو ان يعتقه باداء الف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكه وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى قوله ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس فلو اختلف المجلس بان قام العبد او اعرض او اخذ في عمل آخر ثم ادى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتهما عليه لا يتوقف ففي اي وقت ادى عتق وعن ابي يوسف ان ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بان ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء في مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير في اي وقت شاء ويجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى ان معنى كونه ضرورة الفعل ان تحقيق الفعل بدونه فلا يمكن فلا يثبت مدلولا اصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده اي وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب ان يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر في حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء فرع قال ان اديتما الى الفا فانتما حران فادى احدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق اداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام في المعاوضات وكذا لو ادى احدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم باحدهما فان قال المؤدي خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي لاؤديها اليك عتقا لان اداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو اداؤهما ولو ادى عنهما اجنبي لا يعتقان لانه ليس اداؤهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمؤدي ان يرجع على المولى لانه ادى ليعتقهما ولم يحصل مقصوده فان قال اؤديها اليك على انهما حران او على ان يعتقهما فقبل على ذلك عتق ويرجع المؤدي بالمال على السيد لان العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبي ولو قال هما امراني ان اؤديها اليك فقبلها عتقا لانه رسول عنهما

قوله ومن قال انت حر بعد موتي على الف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب في عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة

بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق عليه فى مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا كم

تأخر وجوده الى وجود المضاف اليه ومنها ما بعد الموت ولو امكن اضافة في البيع ونحوه وجب فيه ايضا كون قبول البيع يتأخر الى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه ايجاب للتدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا اعتق بعد الموت لا يلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا لا فائدة في تعليقه بالقبول الا ليظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وصار كما اذا علق تدبيره بدخول الدار واورد ان قوله انت مدبر على الف هو معنى انت حر بعد موتي على الف فينبغي ان يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال اجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة لفظا فيكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفي النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في انت مدبر على الف لانه قابل الآن في التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في انت حر بعد موتي على الف لانه قابل بحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت ولا يخفى ان التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت في كل من قوله انت مدبرا وانت حر بعد موتي بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق الحرية تفريعا عن صحة تلك الاضافة التي هي التدبير لا ان حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق واعلم انه روى عن ابي حنيفة في امالي بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف ليس له القبول الساعة وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو في ملكه فقال قبلت اداء الالف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان في ان القبول بعد الموت وروى عن ابي يوسف فيهما ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن ابي يوسف في الاملاء اذا قال اذا مت فانت حر على الف درهم القبول في حالة الحيوة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين في ان القبول حالة الحيوة الا انه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال وذكر السرخسي عن ابن سماعة عن محمد لو قال انت مدبر على الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر في الجامع في مسئلة انت حر بعد موتي على الف ان القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في ان القبول بعد الموت كما سوى ابو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك وح فما قيل انهم اجمعوا انه لو قال انت حر على الف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب ان يحمل قول ابي يوسف في قوله اذا مت فانت حر على الف ان بقول في حالة الحيوة رواية في انت حر بعد موتي على الف ان القبول في حالة الحيوة بل الاولى لان هناك القبول
الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك يجعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى ان الاعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن ابي يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فانت مدبر وهذا لان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما في المكاتب واذا لم يستحق عليه بسبب غيره على ان المروي عن ابي يوسف ومحمد في المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وح يكون حرا فالحاصل تأخر وجوب المال الى حين حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق والملهم

قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمته خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ومات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها

العتق عند القبول فقال المعهود عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة واذا غيره او الوصي او القاضي ان امتنعوا الا ان الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل لا يعتق واذا اعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولهذا لو اعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت ليس اهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولهذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولهذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت واجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بان هناك الموجود بطلان اهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروج عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو في ملك غيره ولا يخفى ان هذا ليس دفعا للسؤال وهو ان ما علل به من فوات اهلية المعلق لا اثر له وما ذكر من خروج المحل عن محليته عتقه ان اراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بان انتفاء اهلية المعلق ليس له اثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد انه علل بما لا اثر له فاجاب المجيب بابداء علة اخرى او مانع فقال هذا جواب هذا السؤال فالصواب في الجواب ان يقال حيث علل بان الميت ليس اهلا للاعتاق لم يرد ان عدم اهليته لذلك بسبب الموت او غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده انه ليس اهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار اجنبيا عنه وانما لزم خروجه الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما اورده شارح فقال ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر من الاهل في المحل وان كان الميت ليس اهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال اهليته ثم استدل على ذلك بان القبول بعد الموت معتبر فهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى ان بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط ان يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل اعتقه القاضي ولم يكن بدون القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له نعم يقال اذا كان العتق لا بد منه فالسبب الى نقله الى ملكهم ثم امرهم بالاعتاق ان كان السبب انه لا سائبة فلو يبقى في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلو لم يبق على ملك الميت ويجعل مشغولا من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من ان يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لان القبول لا يعتبر بعده بل يتقيد به وما تقدم من نوادر بشر عن قول ابي حنيفة فاذا مات المولى فقال قبلت او ادى الالف عتق ظاهر في عدم تأخر عتقه الى عتق الوارث فكذا استدل بذلك الشارح ايضا مع ان في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتأخرين من قال ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا اصح فانه يفيد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله انت حر المعلق والمضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول اثره بعد موته الا انه يبقى عليه اشكال هو لزوم ان يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال انت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا اثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسيأتي لبعضهم فرق في الباب بعده **قوله** ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين مثلا او اقل او اكثر فقبل العبد فعتق ثم مات المولى

ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم علي على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لأن من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم علي ففعل حيث يجب الألف على الآمر لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل

من ساعته فعليه أي على العبد قيمته عند أبي حنيفة في قوله الآخر وهو قول أبي يوسف وفي قوله الأول وهو قول محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين أما العتق فلأنه جعل الخدمة وهي معلومة إذ هي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بقبوله كما في غيره من المعاوضات لأنه يصلح عوضا لأن المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع أنه تم أمرا باشتراط النكاح بالمال ثم إذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسألة أخرى وهي ما إذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وإن كان غير فاحش فلذا عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وإن ذكره في الكتاب ولا يخفى أن بناءه على تلك ليس بأولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي أو لم يعقل أحدانه تردد في الورثة في موت المولى بعين الخدمة قيل لأن الناس يتفاوتون في الاستخدام وقيل بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت لأن الخدمة منفعة وهي لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ إذ العتق لا ينفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثليا وصار كما إذا تزوج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم عمد ثم استحقت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا ووجه قولهما أنه بدل ما هو مال وهو العبد وإن كان لا يملك نفسه كما إذا اشترى عبدا أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لأن العبد مال بالنسبة إلى السيد حيث أخذ مالا في مقابلة أخذه إياه عن ملكه نعم هنا ملاحظة أخرى وهي باعتبار ما أخذ في مقابلة ما به خروج المال عن ملكه وهو تلفظه بالإعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي الأمر الثابت في نفس الأمر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما إذا باع عبدا بجارية ثم استحقت إنما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لأنه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا بإسقاط القصاص وإبطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالإعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمة ثلاث سنين عند محمد وعندهما بقيمة ثلاثة أرباع رقبته وعلى هذه النسبة قس وعلى هذا لو أعتق ذمي عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول فإن أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة أما لو كان قال إن خدمتني أربع سنين أو سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع إن كان الميت المولى وكذا لو أعطاه مالا عوضا عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على التقدم وكذا لو قال إن خدمتني وأولادي فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق **قوله** ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجنيها وفي بعض النسخ زيادة لفظ علي قبل على أن تزوجنيها وليس في عامة النسخ وهي أدل منه على إيجاب المال على المتكلم وإن كان كذلك صح تركها أيضا فإذا أعتق فإما أن تتزوجه أو لا فإن لم تتزوجه لا يجب على الآمر شيء أصلا لأن حاصل كلام الآمر المخاطب بإعتاق أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليه عنها وعن مهرها فالمتزوجة بطلت عنه حصة المهر منها وأما حصة العتق فباطلة إذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الأجنبي بخلاف الخلع لأن الأجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فإنه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والإجارة والتزويج وغير ذلك من الشهادات والقضاء فلا يجب العوض إلا على من حصل له المعوض فإن تزوجته قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب قيمتها سقط عنه وما أصاب مهرها وجب لها عليه فإن استويا بأن كانت قيمتها مائة أو كان قيمتها ألفا ومهرها مائة وإلا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وإن تفاوتا بأن كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث **وقوله** وقد قررناه من قبل يعني ما ذكر في خلع الأب ابنته الصغيرة حيث

ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو على المولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه

قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكنه لم يذكر ان اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح **قوله** ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها فَفَعل اي اعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على ما ذكرنا فما اصاب قيمتها اداه للمامور وما اصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها منه وجب لها عليه وانما وجب للمامور حصة قيمتها هنا لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض الف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما اصاب قيمة المدبر سقط وما اصاب قيمة العبد وجب لنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن اخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي ان يفسد لانه ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجب ان لا يقع العتق لانه من جهة الآمر لم يقبضها والمبيع في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا يعتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمامور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعفت فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها اجيب بانه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا في البيع ضمنا له فلم يراع من حيث هو مستقلا ولا يفسده ولا يخفى انه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المص لم يذكره يعني محمدا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الاول يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكرا ذا زوجت نفسها وقد بيناه

باب التدبير لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحيوة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا احسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما ان التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخر بالى ههنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا او معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيزه نفسه غاية الامر ان بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط فاما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فكل مملوك املكه حر فعتق فملك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد اضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك املكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند ابي حنيفة وقد اعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل في تدبير المالك اما الوكيل فلا في المبسوط لو قال لصبي او مجنون دبر عبدي ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق وان اخرج الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبره احدهما جاز ولو جعل امره في التدبير اليهما بان قال جعلت امره اليكما في تدبيره فدبره احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء الا ترى ان له ان ينهاهما قبل ان يدبراه في هذا الفصل ليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط

قوله اذا قال الرجل لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير

اذا مت فانت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

فانه اي التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فاذا كل ما افاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلثة اقسام الاول ما يكون بلفظ اضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك او اعتقتك او انت حر او محرر او عتيق او معتق بعد موتي والثاني ما يكون بلفظ التعليق كان مت او اذا او متى مت او حدث لي حدث حادث فانت حر وتفسر الحدث والحادث في الموت وكذا انت حر مع موتي او في موتي فانه تعليق العتق بالموت بناء على ان مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وانت حر بعد موتي سواء وكذا اعتقتك او حررتك بعد موتي والثالث ما يكون بلفظ الوصية كاوصيت لك برقبتك او بنفسك او بعتقك وكذا اذا قال اوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر او عتيق يوم اموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لانه قرن بما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا لجواز ان لا يموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق وانما كانت صريحة لانها استعملت في الشرع كذلك قال صلى الله عليه وسلم في ام الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم تورثت بلا شبهة في هذا المعنى ولو قال انت حر بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم ان يبيعوه وان مات فلان اولا يصير مدبرا مطلقا فليس لهم ان يبيعه خلافا لزفر لانه كما لو قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلم او قال انت حر بعد كلامك فلانا او بعد موتي فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتي ان شئت ينوي فيه فان نوى المشية الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشية بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق هنا الا باعتاق من الورثة او الوصي لمثل ما تقدم في باب التعتق من انه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شاء وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة في نوادره وكذا بيوم وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي فللوارث ان يعتق تنجيزا او تعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو اعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة والذي ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله او بمضي زمان طويل او على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه او يتعسر لا يلزم بقية توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي لينجز عتقه ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشية من العبد في مجلس موته او علمه بموته كما لتقييد المشية في حياته بمجلس التخيير اذا كان بهذا اللفظ وعن ابي يوسف لا يتوقف به لانه في معنى الوصية لا يشترط في الوصية القبول في المجلس وفي الاصل لو قال بعد موتي بيوم لم يكن مدبرا وله ان يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكره ابو بكر الرازي ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا اخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم او شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه واما في مسئلة المشية فيتصل مشية العبد بموت المولى قبل تقرر الملك الوارث فيعتق باعتاق المولى ولا حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم اشكل على ما تقدم في مسئلة انت حر بعد موتي بالف فان زمن القبول كزمن المشية فانه يجب ان يتصل بموت المولى او بعلمه بموته لا يقال ينبغي ان يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت بحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من ان القبول غير معلوم يدفع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول اسهل من نفيه ثم ادخاله

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما فى الكتابة وقال الشافعى رحمه الله يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما فى سائر التعليقات وكما فى المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهى غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا فى الحال اولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية

فى ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب ان يبقى لحاجته ثم لا شك ان هذه المسئلة اقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم فى انت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل اولى لان مجئ اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهى من مواضع النص على انه لا يعتق الا باعتاقهم **قوله** ثم لا يجوز بيعه المدبر المطلق وهو الذى علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل او بكتابة او عتق على مال وما سواه من التصرفات التى لا تبطل حقه فى الحرية يجوز فيجوز استخدامه وايجاره واخذ اجرته وتزويج المدبرة ووطؤها واخذ مهرها وارش جناياتها وعلله المصنف فيما ياتى بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له ان يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى فى جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه منع الا رقبة واحدة واما ما استهلكه فدين فى رقبته يسعى فيه وعرف من هذا ان ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفى الجناية على المدبر ما فى الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتى وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت اجيب بان الوصية بالنسبة الى المعدوم يعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو اوصى لولد فلان وله ثلاثة اولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم بعينهم فبطل بموت احدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة اولاد ثم مات احدهم ثم مات الموصى كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل فى الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت **قوله** وقال الشافعى يجوز بيعه وهبته للمنقول والمعنى اما المنقول فما فى الصحيحين من حديث جابر رضى الله عنه ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبى صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم ارسل بثمنه اليه وفى لفظ اعتق رجل من الانصار غلاما عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وانفق على عيالك ولحديث جابر هذا الفاظ كثيرة وروى ابو حنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفى موطأ مالك بسنده الى عائشة رضى الله عنها انها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو اخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبرونى عن امراة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سالتها ماذا اردت قالت اردت ان تموتى حتى اعتق قالت فان لله على ان تباعى من اشد العرب ملكة فباعتها وامرت بثمنها فجعل فى مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك ان الحر كان يباع فى ابتداء الاسلام على ما روى انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق فى دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره فى الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحابا كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير ازالة الرق عنه ثم رايناه صح عن ابن عمر رضى الله عنهما لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطنى رفعه وصحح وقفه واخرج الدارقطنى ايضا عن على بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال المدبر

السيد

مسحورة

بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لاحتمال ان لا يوجد الشرط وهو المنع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع
الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة
في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك **قال** وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره
وان كانت امة وطيها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولانه هذه التصرفات

من الثالث وضعف ابن ظبيان والحاصل ان وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف
فقول الصحابي بلا معارض فيما النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها لا يعارضه قال هم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده
فظاهر وعلى عدم تقليده يجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا ان بيعه مستصحب برقه فمنعه
مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في ام الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر
لا يصلح المعارضة حديث جابر وايضا ثبت عن ابي جعفر انه ذكر عنده ان عطاء وطاؤسا يقولان عن جابر في الذي
اعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اعتقه عن دبر فامره ان يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال ابو جعفر
شهدت الحديث من جابر انما اذن بيع خدمته رواه الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن ابي جعفر وقال
ابو جعفر الهندواني كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية شهي
عبد الملك ابن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة عن ابي جعفر انتهى ولو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق ان عبد الغفار ان
كان متشيعا فقد صرح ابو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن علي زين العابدين بانه شهد حديث جابر وانه انما اذن في بيع
منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث وقال ابن الجوزي قول من قال يحمل الحديث على المدبر
المقيد او ان المراد انه باع خدمته العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقدا ان التدبير عقد لازم سعى في تاويل ما يخالف
اعتقاده من السنة على خلاف تاويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص اخر يمنع من العمل باطلاقه وانت اذا
علمت ان الحر كان يباع للدين ثم نسخ وان قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوي فعلا جزئيا لا عموم لها وان قوله اعتق
عن دبر او دبره اعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي دبر مقيدا انه اعتق عن دبر منه وان ما عن ابن عمر موقوف صحيح
وحديث ابي جعفر مرسل تابعي ثقة وقد اقمنا الدلالة على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد انه قول جمهور السلف
علمت قطعا ان المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه بعضده ولا يعارضه المروي عن عائشة
بجوازه كون تدبيرها كان مقيدا لانه ايضا واقعة حال لا عموم لها فلم يتناول حديث جابر وعائشة محل النزاع البتة فكيف وقد وجب
حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله او غلطه واما المعنى الذي ابطل به الشافعي منع بيعه فما ذكر في الكتاب من قوله لانه
تعليق العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان
الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز فظهر انه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المصنف من قريب قوله
وعلى هذا اي اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكره المصنف بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب
ولا سبب غيره اي غير قوله انت حر المعلق وفي اذا مت او المضاف في بعد موتي فاما ان يجعل سببا في الحال او بعد الموت
وجعله سببا في الحال اولى لانه حال وجوده بخلافه بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده
اولى فهذا وجه اولوية سببيته في الحال ووجه اخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت زمان بطلان الاهلية

فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت
والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه

الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يبطلها بخلاف الجنون لان المجنون اهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه او وهب له
وقبل وليه وزواله كما لو اتلف شيئا فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد ابواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط
الاهلية بالعقل عند وجود الشرط لنزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون اهل لذلك
بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع ان يجعل قوله المذكور حال حيوته سببا بعد موته فلزمت سببيته فى الحال الا
انتقضت لكنها لم تنتقض شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا فى الحال لانها ايمان واليمين فى شكله
يعقد للبر كما قد تعقد للحمل فالبر مانع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيهما لانها تعقد للمنع فانه يعقد لاعدمهما ووقوعهما
هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير فلزم من كلامه ان التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين
فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وامكن فى التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال واذا انعقدت
لسببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك انه يرد عليه النقض بما اذا قال
اذا جاء غد فانت حر فانه لما علق بامر كائن البتة يلزم ان المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد
فيه فيلزم ان لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لا محالة بجواز قيام القيامة قبل الغد فانما
يستقيم اذا كان التعليق بمجئ الغد بعد وجود اشتراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما اما قبل ذلك
فليس بصحيح والجواب بان الكلام فى الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على ان كون التعليق بمثل مجئ الغد ورأس الشهر
نادرا غير صحيح واجيب ايضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو ان التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة ويرد
عليه انه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارة الايضاح وهو ان المراد بقوله والوصية خلافة فى الحال الوصية المذكورة وهى
الوصية لعبد برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فانت حر او انت حر بعد موتى وبين قوله
اعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف اعتقوه واورد عليه ان هذا فرق بعين محل النزاع لان
حاصله ان الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره
كاعتقوا هذا العبد لا يكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة هو بالصيغة الاولى سواء ولا تخلص
الا ان تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به او كون العتق علق صريحا بالموت او اضيف وكون
ذلك فى الشرع يقتضى ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق ان الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة
حديث جابر لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك **قوله** وان مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا اول الباب
ولان التدبير وصية وانفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة
يستغرق رقبته المدبر يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته **قوله** وولد المدبرة مدبر
فيعتق بموت سيد امه والمراد المدبرة المطلق اما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفى بعضها ولد المدبر

وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة

وليس بصحيح لان الولد يتبع امه لا اباه فان تزوجها المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا او امة فولدها عبد سواء كان ابوه حرا او عبدا مدبرا او لا ثم المراد الولد الذي كانت حاملا به وقت التدبير والولد الذي حملت به بعد التدبير اما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها الا الذي كان حملا فبالاجماع كما لو اعتقها وهي حامل واما الذي حملت به بعده ففي قول اكثر اهل العلم وهو المروي عن عمر بن عبد العزيز والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك واحمد والشافعي في قوله قال المصنف وعلى ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم يعني الاجماع السكوتي فانه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود ولم يرد عن غيرهم خلاف ولا يخفى ان سريان التدبير الى الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه اشكال مما ذكر من طرق الشافعي ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لانها تدعي حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره في المبسوط في باب الشهادة في التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة اشهر كان مدبرا والا لا ولو كانت بين اثنين فدبر احدهما حملها وولدته لاقل من ستة اشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد ان يقدر على السعاية ولو دبر احدهما ما في بطنها بان قال ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر انت حرة بعد موتي فولدت لاقل من ستة اشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول فدبر نصيبه بتدبيره وتدبر نصيب الآخر بتدبيره امه وان ولدته لاكثر من ستة اشهر من الاول فالاقل منها تدبير الام فالولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام باعتبار انه كجزء وفي هذا لا يفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذي دبر الام واما الام فنصفها مدبر للذي دبرها والآخر بالخيار بين ان يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا وبين ان يستسعيها فيعتق الام ضمانه ولا يضمن المدبر نصف الولد لان الضمان انما يلزمه من حين دبرها وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك الا يرى انها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة ولانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت لها حق ان يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون احق بولدها واذا دبر ما في بطن امته لم يكن له ان يبيعها ولا يهبها وذكر في كتاب الهبة من الاصل اذا اعتق ما في بطن امته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل في المسئلة روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز في هبتها لان ما بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة واما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توأمان وتيقنا بوجود احدهما حال التدبير في البطن ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعد هذا لاقل من ستة اشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة ايضا تبعا للام فاذا ادت عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان تؤدي عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولدان يسعى فيما على الام

وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد أن يقول إن مت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة

لأنه دخل في الكتابة بأن مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير أو بأداء الكتابة فيختار الأنفع له فإن كان يخرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لأن قصده حصل **فروع** ولو قال لأمته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقا لم يعتق لأن هذا تشبيه وليس بتحقيق فكأنه قال بأنه مثل الحرة أو المدبرة **قوله** وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لأن السببية لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بل يقع أولا بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم إن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فإذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فأما ما قبل آخر جزء من أجزاء حياته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وإن برأ من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لأن الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما إذا قال أنت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فإنه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع أنه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه أجيب بأنه إنما كان كذلك لأنه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيجب اعتباره بالعتق المضاف إلى غد فإنه لا يثبت حقا للعبد للحال وكذا هنا ولو قال إذا مت أو قتلت فأنت حر على قول زفر هو مدبر لأن عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق إذا مات على أي وجه كان وعلى قول أبي يوسف ليس مدبرا لأنه علقه بأحد الشيئين من الموت والقتل وإن كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر أحسن لأن التعليق في المعنى بمطلق موته لأنه لا تردد في كون الكائن أحد الأمرين من الموت قتلا أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيف ما كان وقد روى الحسن عن أبي حنيفة إذا قال إذا مت وغسلت فأنت حر لا يكون مدبرا لأنه علقه بالموت وشيء آخر بعده فإذا مات ففي القياس لا يعتق وإن غسل ما لم يعتقوه لأنه بنفس الموت انتقل إلى ملكهم فهو كقوله إن مت ودخلت الدار فأنت حر وفي الاستحسان يعتق لأن الغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فإذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لأنه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط **قوله** ومن المقيد أي من التدبير المقيد أن يقول إن مت إلى سنة أو إلى عشر سنين فأنت حر فإن مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا وإن مات المولى بعد السنة أو العشر لا يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لأن الغاية لولاها تناول الكلام ما بعدها لأنه منجز تنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للإسقاط ومنه أنت حر قبل موتي بشهر أو بيوم فإنه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لأن على قول أبي حنيفة يستند العتق إلى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته **قوله** بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليها في الغالب لأنه كالكائن لا محالة فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال قاضي خان على قول أصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لأنه لم يخرج من التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش إليه غالبا تأبيد حتى وهو كالخلاف في النكاح المؤقت إذا سميا مدة لا يعيشان إليها غالبا صح النكاح عند الحسن لأنه تأبيد معنى والمذهب أنه توقيت فلا يصح والحكم كما نص فإنه في النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير **فروع** كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق

فائدة

باب الاستيلاد

بالتدبير وسقطت عنه الكتابة للاستغناء عن اداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسقط ثلث بدل الكتابة ايضا اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على ما لو كاتبه اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لم يرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر كاستحقاق ام الولد جميعا بالاستيلاد ولو كاتب ام ولده صح ووجب المال فعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع وروده والعقد عليه ولهما طريقان احدهما ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته وقد عرف ان التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته تطليقتين ثم طلقها ثلثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة الا يرى انه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت فالكتابة صحيح لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز ان لا يموت المولى قبله واذا ثبت ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه بخلاف ما لو كاتبه اولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا شيء من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر ان التدبير وصية برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو اوصى لعبد انسان ثم باعه او قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصي وفي اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف ما لو كاتبه اولا ثم دبره لان حقه عند التدبير احد الشيئين اما بدل الكتابة ان ادى او مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول ابي حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهتا حرية فيختار ايهما شاء وعن ابي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزى عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا اقل المالين وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لانه ثلثها سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر ابو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند ابي حنيفة يتخير بين ان يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في اقلهما عينا ولو كاتب مدبرة فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فادى احدهما المال كله لم يرجع على اخيه بشيء لانه ما ادى منه شيئا انما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت احق به فكان اداء من ادى احدهما او كلاهما اداء من مال الام ومثله لو كاتب مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك احدهما ولدا ولد له في كتابته من امته فعليه ان يسعى في جميع الكتابة لانه قائم مقام ابيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلهذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

تعليقه

باب الاستيلاد ذكره بعد المدبر لان المشترك في كل من المدبر وام الولد استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير انسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه فالاستيلاد مصدر استولد اي طلب الولد وهو عام اريد به خصوص ما هو طلب ولد الامة

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها

اى باب بيان احكام هذا الاستحقاق الثابت في الام واصله استولاد ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وام الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفي عرف الفقهاء اخص من ذلك وهي الامة التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها او بعضها

قوله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له يعني اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما لثبوته ففي العبارة قصور وكذلك لا اذا يريد انها اذا ولدت منه صارت ام ولد بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها انتهى بل اذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا مذهب جمهور الصحابة رضي والتابعين والفقهاء الا من لا يعتد به كبشر المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها احتجاجا بحديث جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه ابوداود وقال الحاكم على شرط مسلم واخرج النسائي عن زيد العمي عن ابي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واعله العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما في رواية ابي داؤد من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن امه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن عيلان فذكر البيهقي بانه احسن شيء روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين في دينه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امرأة من خارجة قيس بن عيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لي امرأته الآن تباعين في دينه فقال عليه الصلوة والسلام من ولي الحباب قيل اخوه ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فأتوني اعوضكم قالت فاعتقوني وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم مني غلاما ولا يخفى ان هذا لا يدل على انها تعتق بمجرد موته بل على انه سألهم ان يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلوة والسلام بل يفيد انها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعي في ذلك من انها عتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلوة والسلام به لهم نعم يحتمل ان يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي وان العوض من باب التفضل منه عليه افضل الصلوة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه ويعينه فمن ذلك ما ذكره المصنف انه قال يعني في مارية القبطية اعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجة عن ابن عباس قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها وطريقه معلول بابي بكر بن عبد الله بن ابي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس لسند ابن ماجة رواه ابن عدي في الكامل لكن اعله بابن ابي سبرة فقط فانه يرى ان حسينا ممن يكتب حديثه واخرج ابن ماجة ايضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وحسين هذا وثق لحسين حدثنا ابو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن ابراهيم حدثني ابي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ايما امة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه احمد عن ابن عباس رضي الله عنهما ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولهذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه فانها

لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

مع ان ابن القطان قال فى كتابه وقد روى باسناد جيد قال قاسم بن اصبغ فى كتابه ثنا محمد بن وضاح ثنا مصعب بن سعد ابو خيثمة المصيصى ثنا عبد الله بن عمرو وهو الرقى عن عبد الكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها من طريق ابن اصبغ رواه ابن عبد البر فى التمهيد ومما يدل على صحة حديث اعتقها ولدها ما قال الخطابى ثبت انه صلى الله عليه وسلم قال انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفى بيعهن تفريق واذا ثبت قوله اعتقها ولدها الخ وهو متأخر الى الموت اجماعا وجب تأويله على مجاز الاول فيثبت فى الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها وروى الدارقطنى عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهى حرة ثم اخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار واعله ابن عدى بعبد الله بن جعفر بن نجيح المدنى واسند تضعيفه عن النسائى وغيره ولينه ثم قال يكتب حديثه ثم اخرجه عن محمد بن عبد الله العمرى حدثنا مالك عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه واخرجه ايضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملى وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن عمر ما اختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذى رفعه فقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطنى وعندى ان الذى اسنده خير ممن وقفه واخرج مالك فى الموطأ عن نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهى حرة وهكذا رواه سفيان الثورى وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا واخرج الدارقطنى من طريق عبد الرحمن الافريقى عن سعيد بن المسيب ان عمر اعتق امهات الاولاد وقال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقى وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا ولا شك فى ثبوته وقفه على عمر وذكر محمد فى الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن فى دين وعدم مخالفة احد لعمر حين افتى به وامر فانعقد اجماع الصحابة رضى الله عنهم على عدم بيعهن فهذا يوجب احد الامرين اما ان ما كان من بيع امهات الاولاد فى زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن به علمه وان كان مثل قول الراوى كنا نفعل فى عهده صلى الله عليه وسلم حكمه الرفع لكن ظاهرا لا قطعا فاذا قام دليل فى خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما انه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابى بكر رضى الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة واهل الردة ومانعى الزكوة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر اربعين سنة ولا نرى بذلك باسا حتى اخبرنا رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها وايا ما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف اما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك مما يدل على ثبوت ذلك الا جماع ما اسنده عبد الرزاق انبانا معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلمانى قال سمعت عليا يقول اجتمع رايى ورأى عمر فى امهات الاولاد ان لا يبعن ثم رايت بعد ان يبعن فقلت له فرايك ورأى عمر فى الجماعة احب الى من رايك وحدك فى الفرقة فضحك على رضى الله عنه واعلم ان رجوع على رضى الله عنه يقتضى انه يرى اشتراط انقراض العصر فى تقرير الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع ام الولد فقال

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بموته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله

يجوز لنا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان ابو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها ما حبلت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له ان يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وقد زال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى ان يثبت المزيل **قوله** ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين اللذين خلق منهما قد اختلطا وهو جزؤهما بحيث لا يتميز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية اوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل ام ولده فقد بقي اثرها شرعا واليه اشار عمر رضي الله عنه فيما رواه محمد بن عبادة قال اشترى ابي امة من رجل قد اسقطت منه فامر عمر بردها وقال ابعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الا ان السبب يضعف بالانفصال فاوجب حكما مؤجلا الى الموت ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه ان المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له ابنه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها اجاب المصنف بقوله لان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب للرجال اي الى الآباء لا الى الامهات فكذا الحرية التي تبتني على النسب بالسلطنة تثبت للنساء في حق الرجال لان النسب اليهم فيتفرع عليه ان الحر لو تزوج امة فولدت له ثم اشتراها صارت ام ولد له تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فيتفرع عليه ما لو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم يثبت الامومية بدونه فلو ولدت امة لرجل من زنى ثم ملكها لا تكون ام ولد له فلا تعتق بموته واورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل امة بين رجلين ولدت ولدا فادعى كل منهما ان صاحبه هو ابنه لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومية بلا ثبوت نسب اجيب بانه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم يثبت دون نسب والحق ان ثبوت الامومية في نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب واما ثبوته ظاهرا في القضاء فيكفي من ثبوت نسبه اليه والاقرار وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد ام ولده الزوجية **قوله** وثبوت عتق الخ يعني قد ثبت بما ذكرنا انه يثبت لها عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا ان يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية ولقائل ان يقول ثبوت العتق المؤجل الى اجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء راس الشهر فانت حرة مع ذلك لم يمتنع البيع فله ان يبيعها قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى اجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق ان استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صح النص بالنهي عن بيعهن ولا يوهبن بمعنى الجزئية التي اشار اليها عمر رضي الله عنه **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى احدهما ولدها ثبت نسبه وتصير ام ولده فهنا حكمان وقع التشبيه في احدهما وهو امومية الولد لانه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله لان الاستيلاد لا يتجزى اي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها ام ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزى ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدمه في باب العبد يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه

قال وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع

فلا تناقض فصار الحاصل ان الاستيلاد لا يتجزى اى لا يكون بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد الا ضرورة لانه مبنى على ثبوت النسب وهو لا يتجزى واما احتمال ان يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف انه يتجزى فى باب العبد يعتق بعضه لم يجعل اثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة وايضا تعليل بثبوت النسب فانما هو بوجود الدعوة فى المملوكة والاتفاق على ان ملك البعض يكفى لصحة الاستيلاد **قوله** وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها وهو مطلق لهذه الامور فاشبهت المدبرة ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وافتتاح البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف فى الاجارة ويملك كسبها واعتاقها وكتابتها واورد ينبغى ان لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما فى المعتدة غير ان للمعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغى ان لا يصح قبله واجيب بان جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطى ووقع الشك فى خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بحيث جعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل ان يقول اذا سلم ان احتمال الشغل مانع ولا شك فى ثبوته بعد الوطى تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب ان يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده افضل واعلم ان المسئلة ذكرها المصنف فى فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان تزوج ام ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بلا دعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفى ولدها بالنفى من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل انتهى وان المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا حق لما عرف من مسئلة ما اذا راى امراة تزنى فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطى مع ان احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطى لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند ابى حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش غير انه لا يحل وطيها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل مانعا فلذا جاز النكاح قبل وطيها وان كان لا يستحب او يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش ام الولد ليس قويا على ما صرح فى المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة الا ترى انها متعينة لثبوت نسب ما تأتى به ففى تزوجها جمع بين الفراشين **فرع** اذا باع خدمة ام ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه وعن ابن سماعة عن ابى يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق **قوله** ولا يثبت نسب ولدها اى ولد الامة لا ام الولد رجع الى المذكور اول الباب فى قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا ان يعترف به وان اعترف بوطيها وهو قول الثورى والبصرى والشعبى ومروى عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعى ومالك واحمد رحمهم الله يثبت اذا اقر بوطيها وان عزل عنها الا ان يدعى انه استبرأها بعد الوطى بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا انها بالوطى صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرأ

لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

مع ان الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بان الغالب ان لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبار للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك نقله عن احمد وهو وجه ضعيف للشافعية

قوله لانه لما ثبت هذا وجه قول الجمهور في ان النسب يثبت بما تأتي به الامة بمجرد وطئها وهو انه لما ثبت النسب بعقد النكاح حتى ثبت نسب ما تأتي به المنكوحة بعد العقد وان لم يعلم الوطء لوجوده بعد المفضي اليه الولد فثبوته بعد وطء البالغ وانه اكثر افضاء الى وجود الولد اولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان العقد وضع للولد ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع من قصده وهو سقوط تقومها عند ابي حنيفة ونقصانها عندهما وكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه ينتفي ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطء وما قيل الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الاصل من العدم

واعلم ان اصل ما يعلم فيه المنقول من حديث عائشة رض قال اختصم سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن اخي عتبة بن ابي وقاص عهد الي انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا اخي يا رسول الله ولد على فراش ابي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي واجيب بانه انما قضى به لعبد بن زمعة على انه عبد له وريثه لا على انه اخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو اخوك يا عبد وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان اخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بان في رواية اخرى هو اخوك يا عبد واما الامر بالاحتجاب فلما راى من الشبه البين بعتبة فيدفع الاول بان هذه الرواية ح معارضة لرواية هو لك فهي ارجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب اخته منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا ان كل من اشبه غير ابيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب اخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذ قوله الولد للفراش ينفي نسبه عن سعد بانه ابن اخيه وعن عبد بانه اخوه يعني الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو ح عبد لك يا عبد ميراث لك من ابيك واعلم انه روي عن الامام احمد اما الميراث فله واما انت فاحتجبي منه فانه ليس لك باخ فتصريحه بانه ليس اخا يفيد انه ليس اخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو اخوك وقوله اما الميراث فله يفيد انه اخوهما فاما ان يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه او يجمع بان المثبت الاخوة الشرعية والمنفي الاخوة الحقيقية وهو ان يخلقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب ان يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا ان هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبرناه بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا خاصا بازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لستن كاحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش يعني ام الولد وح فقوله هو لك اي تعين كذلك ويكون المراد انه اخوك كما هو الرواية الاخرى اما ما نقل عن عمر بن الخطاب رض انه قال ما بال رجال يطئون ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها انه قد الم بها الا الحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك او اتركوا رواه الشافعي رح فمعارض بما روي عن عمر رض انه كان يعزل عن جاريته

فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعقد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة

فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتزمه واسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس انه كان يأتي جارية فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن زيد بن ثابت انه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه انه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك مما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها والمروي عن عمر من قوله انه يلحق بالواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك انا بينا ان الواطئ اذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكارا ولاد الاماء مطلقا فقال لهم اني الحق بكم اياهم مطلقا واما من علم منه الاعتدال في الامر بان يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفي من يجب عليه نفيه او يجوز فانه لا يتعرض له **قوله** فان جاءت بعد ذلك اي بعد ان اعترف بولدها الاول ثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف بالولد الاول يتبين كون الولد مقصودا من الوطء فصارت فراشا وبهذا تبين ان الاولى في تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما في ام الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى ذلك ومنها شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد يثبت نسب ما يأتي به فانها تكون متعينة بثبوت نسب ما تأتي به وهو الذي عرفوا به الفراش وظهر ان ليس الفرش ثلثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان قوي هو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش ام الولد بسبب ان ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان وقد صرح فيما تقدم ان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتي به او كونها يقصد بوطئها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغي انه لو اعترف فقال كنت اطأ لقصد الولد عند مجيئها بالولد ان يثبت نسب ما اتت به وان لم يقل هو ولدي لان ثبوته بقوله هو ولدي بناء على ان وطئه لقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغي انه اذا اقر انه كان لا يعزل عنها وحصنها ان يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كان قد وجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى ان يوجب عليه الاعتراف بل يعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء واظن ان لا بعد في ان يحكم على الله بذلك وفي المبسوط انما يملك نفيه اي نفي ولد ام الولد اذا لم يقض القاضي به او لم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله وبعد التطاول قيل اقراره لانه يوجد منه فيه ما هو دليل اقراره من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تأتي به في حال حل وطئها له بعد الولد اما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بان وطئها اب السيد او ابنه او وطئ السيد امها او ابنتها او حرمت عليه برضاع او بكتابة فانه لا يثبت نسبه الا باستلحاقه ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تأتي به لاقل من ستة اشهر من حين عروض الحرمة او لتمامها فعلى الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو اعتقها ثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض او نفاس او صوم او احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المقتضي عادة بلا اختيارها **قوله** وهذا الذي ذكرناه يعني من عدم لزوم الولد وان اعترف بالوطء ما لم يدعه حكم اي في القضاء يعني لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن ابي حنيفة انه ان

وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره

كان صلى الله عليه وسلم يعزل عنها و حصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى ان يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها وحصنها او لا او لم يعزل ولكن لم يحصنها تركها تدخل وتخرج بلا رقيب مامون جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر وهو كونه منه بسبب ان الظاهر عدم زنى المسلمة يقابله اي يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود احد الدليلين على ذلك وهما العزل او عدم التحصين وبهذا ظهر ان لفظ او في قوله وان عزل عنها او لم يحصنها اولى من الواو لتنصيصها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه انتهى ولا شك في ان كونه من غيره عند ضبط العزل ظاهر اما ظهور كونه من غيره اذا افضى اليها ولم يعزل عنها محل نظر بل اورد ان الشرع علق وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال بانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى انه لا احد يقول بثبوت نسب ما تأتي به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل انه يثبت عزل عنها او لم يعزل وهذا فرع الانزال وما ذكر في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز ان يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز ان لا يستلحق نسب من ليس منه فكان الاستلحاق مبنيا على اليقين او الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكا **قوله** وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد ذكرهما في المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهو كمذهب الشافعي والجمهور لان ما ظهر بسببه يكون محالا عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغي ان يدعي ولدها اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد الخ في الايضاح ذكرها بلفظ الاستحباب فقال قال ابو يوسف احب ان يدعيه وقال محمد احب ان يعتق الولد وعبارة المبسوط يفيد الوجوب **قوله** فان زوجها المولى فجاءت بولد يعني من الزوج فهو في حكم امه حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد وله استخدامه واجارته الا انه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطئ امها وهذه اجماعية وهي واردة على اطلاقه حيث قال هو في حكم امه وهذا لان الصفات القارة في الامهات تسري الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان ابوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه اقوى فان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح في حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزى ثبوتا فلا يثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت مع المرجح والا فالولد يثبت من اثنين كما سنذكر وقول المص لان الفراش يقتضي ان لا فراش للمولى حال كونها زوجة الغير اصلا وهذا اذا جاءت به لستة اشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد فيستعقب بل يجب ان لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف انه ابنه من امته فتعلق حرا كما تقدم غير انه عارضه في ثبوت النسب منه معارض اقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم تعارضه في ثبوت الحرية ذلك فاخذ بزعمه ولم يستحسن قول المص والسلام للسيد لان الكلام في تزويج ام الولد وانما يحسن لو كان في تزويج الامة التي ليست ام ولد كالصورة المذكورة في المبسوط

ويعتق الولد ويجعل امه امرولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم

زوج امته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير ام ولد له ويعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية وقد تكلف له ان قوله وولد القنة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكانه قال ولد القنة قن ونسبه يثبت من الزوج اذا زوجها ولا يستقيم الا انه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف الام الى الولد فيكون ابن ام الولد بمنزلتها **قوله** ويعتق الولد اي ولد ام الولد المزوجة الذي ادعاه يعتق لانه ملكه وهو يزعم انه ابنه وتصير امه ام ولد له تعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية حيث ادعى ان ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بانه على الاطلاق الاصل فان قيل فكيف يثبت امومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وان كان في ضمن ما لم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع ان احتمال كونه من السيد قائم لجواز وطئه قبل النكاح الا انه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبرا في الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق **قوله** واذا مات المولى عتقت يعني ام الولد من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ لقوله لما روينا اي لانه صلى الله عليه وسلم نفي السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يبعن يدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره انه غريب قال وفي الباب احاديث وساق كثيرا مما قدمنا مما ليس فيه زيادة على انها لا تملك تعتق بالموت ولا يخفى ان كلها في غير المقصود فان المقصود انها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب الا ان جماعة تكلموا في عبد الملك **قوله** ولان الحاجة الى الولد اصلية كحاجته الى الاكل اي حاجته الى امه مساوية لحاجته الى الولد ولذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير اذنه لحاجته الى وجود نسله كما جاز له اكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذا لم تخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب ولا يتبعه امومية فلا يقدم حق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان على السيد دين مستغرق فانه يسعى في كل قيمته على ما سلف **قوله** ولانها اي ام الولد ليست مالا متقوما عند ابي حنيفة على ما تقدم حتى لا تضمن بالغصب عنده يعني اذا ماتت عند الغاصب حتف انفها بخلاف المدبر اذا مات عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين اثنين فاعتقها احدهما لا يضمن لشريكه شيئا ولا تسعى هي في شيء ايضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بالقتل بالاتفاق والحاصل عند ابي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فاكلتها فانه ضمان دم وان لم يكن مالا متقوما لا تتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لاصحاب الديون ان يطالبوا من عليه القصاص بديونهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا ما بمقابلته ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا فيكون سببا لفوات حقهم

لنا أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهذا لأن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزاني وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد وهي غير ثابتة وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وإنما لا يضمن قيمة الولد لأنه انعلق حر الأصل لاستناد الملك إلى ما قبل الاستيلاد

بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فإنه في حكم أمه ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت أو بنكاح على أنها أمة فظهرت أنها تصير أم ولد عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير أم ولد وفي آخر لا تصير أم ولد لأن الولد المغرور حر بالقيمة يوم الخصومة **قوله** أي للشافعي أنها علقت برقيق فلا يكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لأن أمومة الولد باعتبار علوق الولد حرا وإنما قلنا إن الأمومة باعتبار علوق الولد حرا لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهو حر فلا بد أن تستحق هي الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق في أم الولد مستمر إلى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لأنه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وإنما اقتصر المصنف اقتصارا للعلم ببقية التقرير وحاصل الوجه المذكور أن جزءها حر ومقتضاه حريتها إذ لا يخالف الجزء الكل إلا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وإن كان جزءا حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الأحكام حتى جازت هبته وثبتت له حق الحرية بعد الانفصال عملا بالشبهين بالحرية فيما لا يبقى منها في الحال وبهذا المعنى لا تثبت إذا علقت برقيق ويؤيد هذا القول إنما هي ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته فتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق أن تلد من سيدها وهذه ولدت من غيره وقلنا إن سبب الأمومة في محل الإجماع وهو الأصل هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل يعني عند قوله أول الباب ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملا فثبتت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابتة بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فتثبت الأمومة بخلاف الزنا فإنه لا نسب يثبت للولد من الزاني فيه فلا تصير الأمة التي جاءت بولد من الزنا إذا ملكها الزاني أم ولد له استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير أم ولد له وهو القياس فإن قيل فكان ينبغي أن لا يعتق الولد إذا ملكه أبوه من الزنا إذ كان لا يثبت نسبه منه أجاب بقوله وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره أي نظير أم الولد من الزنا حيث لا يعتق عليه لعدم انتسابه إلى أبيه من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه لا ينسب إليه بغير واسطة بل بواسطة نسبته إلى أبيه وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما إذا كان أخاه لأمه فصار الحاصل أن الأمومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب إليه بواسطة ثابتة وقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث ليس فيه قصر الأمومة على السيد بل إنما تثبت منه غير متعرض لنفيها من غيره فإذا صح تعليقه بثبوت نسب ما يأتي به منه تثبت من غيره إذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لأنا ننفي المفهوم المخالف وهم وإن أثبتوه قدموا عليه القياس فإذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الأمومة لزم على المذهبين إلا أنه يشكل على تعليلنا إذا ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من غيره فإن نسبه إنما يثبت من الغير لا من السيد وتصير أم ولد له وجوابه أن ثبوت الأمومة لاقتراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان وإن امتنع ثبوت النسب شرعا إقرارا وما تنتفي منه الأمومة ما ذكر في الإيضاح أمة جاءت بولد فادعاه أجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه فإن ملكه المدعي عتق ولا تصير أمه أم ولد له **قوله** وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد للأب سواء كان الابن وطئها أو لا لأن حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كالوطء في الحائض وعليه قيمتها لأنه ملكها قبل الوطء بالقيمة ليقع الوطء في ملكه وليس عليه عقرها لسبق ملكه الوطء ولا قيمة ولدها لأنه انعلق

وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال بقاء الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين

ر التقدم الملك على الام وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في باب نكاح الرقيق من كتاب النكاح للشافعي قولان احدهما تصير ام ولد وتضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما للوطئ اذ لو اثبته سابقا عليه لم يتجه لايجاب المهر والقول الآخر لا تصير ام ولد ويلزم المهر لانه لم يملكها وهو قول احمد وعلى هذا يستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطئ حملت او لا واذا كان تملكها لا محالة عرف انه لا يصح دعواه ولد مدبرة ابنه ولا ام ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عرف بخروجهما فقد اخرجهما باللفظ والا فبالحكم المذكور المستند وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة ايضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء ورد ولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها فادعاه الاب لم يصح دعوته الا ان يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم اسلم او عبدا فعتق او مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا يصح لعدم الولاية الا ان يصدقه الا المعتوه لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من افاقته ففي القياس لا يصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند ابي حنيفة ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان يتوقف عندهما ايضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ **قوله** وان وطئ ابو الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه لان شرط صحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا او حيا كافرا او عبدا او مجنونا فان الجد يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند ابي حنيفة موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته او لحق وقضى بلحاقه صحت ولو باع ابو ابن الجارية حاملا ثم اشتراها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب

قوله واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه سواء كانت في المرض او الصحة وهذا اذا ادعى احدهما واعتق الآخر معا فالدعوة اولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلما او كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي ولفظ في يحمل على معنى من التي لابتداء الغاية اي ثبت من نصف الامة المملوكة له ولا تكون للتعليل كقوله عم امرأة دخلت النار في هرة اي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله ثبت في الباقي يبعد عنه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه اي النسب لا يتجزى شبهه بسراية فبثبوته من بعضها يثبت ثبوته من كلها ولا يقال سيأتي انه يثبت من رجلين بانتساب الى رجلين بالمرتبة فلو انقول ليس في ذلك تجزية سوى امراة لان النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها الواحد ودون البعض الآخر وانما لا يتجزى لان سببه وهو العلوق لا يتجزى في امرأة بان يعلق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر على قول جمهورنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مشيخة القالة على ما سيأتي لعدم التجزي ان لا تعلق

وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابى حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها لانه وطى جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك

الولد نصفها **قوله** وصارت ام ولد له اتفاقات اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى كما لا يتجزى ثبوت النسب فلا يصير نصفها ام ولد له ثم يتملك نصف شريكه بل تصير كلها ام ولد وعنده يصير نصفها ام ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزى الامومة كما امتنع تجزى ثبوت النسب لان معنى كونها ام ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزى عنده بمعنى زوال الملك فجازت امومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء فى الباقى او اعتاقه اسلم آخر ما عرف لكن لما كان النص المفيد لتجزى العتق اوجب ان لا يقر بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها ام ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها فى حق الامومة بل التجزى فى الابتداء ثم يتم الكل عنده وعندهما صارت ام ولد من اول الامر ثم لا يخفى ان تعليل يملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال ما فر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا وكونه افسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وهنا لو رضى الشريك بترك تضمينه فليصير نصفها ملكا له ونصفها ام ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر ويسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على انه اذا اعتق البعض لا يبقى البعض رقيقا والحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطيها الذى علقت منه وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطى جارية مشتركة لان الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطى وبابتدائه يثبت بالمهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما اصاب نصيبه حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها فى الخارج لم يختره المصنف وقد ملا ر الكتاب من ذلك واوله من باب من تجوز دفع الصدقة فى خلافية زفر فيما اذا وقع النصاب الفقير منه عند زفر لان الدفع قارن الغنى فاجاب بانه حكم الدفع فيتعقبه ثم لم يزل مكرره فى كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم يستوى فيه اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع وعن ابى يوسف ان كان المدعى معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكه ثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفى لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطى فى ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو العلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطى اجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذى يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذى به الاستيلاد ومنه الوطى فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه يثبت فى ذلك مثل ذلك الوقت ايضا فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمنه لشريكه واعلم ان مقتضى ما ذكره المصنف من ان الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل تملك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه والاستيلاد والنسب الى العلوق بعد ما وقع فى ملك الشريك لا يوجب ان لا يتعلق منه شئ على ملكه الا ان يمكن كونه اراد بالاستيلاد فى قوله حكما للاستيلاد الوطى لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق او على مجموع الوطى مع الانزال والعلوق

وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة

اما بمجرد الوطء بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لان نقلها من ملك الشريك الى ملك المستولد ليصير ورضها ام ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقلها قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة معها في الاصح لا يفيد لان نقلها مع العلوق ايضا بلا موجب لانها ما لم تصر ام ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لا نه ح ما رحمين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا حملت على ملكهما فان اشترياها حاملا فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاعتاق الموقع الا انه تضمن تغييب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه هنا لان الوطء لم يوجد في ملك شريكه **قوله** وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما وكانت الامة ام ولد لهما فتخدم كلا منهما يوما واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركة الميت لرضى كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحي عند ابي حنيفة لعدم تقومها وتسعى في قولهما في نصف قيمتها له ولو اعتقها احدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل احد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بما له على الآخر وفائدة الايجاب العقر مع التقاص انه لو ابرأ احدهما صاحبه عن حقه بقي حق الآخر وكذا لو قوم نصيب احدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له ان يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد فهذه احكام وعدتها ذكرها المصنف ومنها انه للباقي منهما حتى اذا مات احدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المصنف بينهما بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا ومقيده بما اذا لم يكن مع احدهما مرجح فلو كان بان الشريكان ابا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان احدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وقيد هنا بما اذا حملت على ملكهما وهو ان تلده لتمام ستة اشهر يعني فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة اشهر من الشراء فادعياه فهي ام ولد المزوج فان نصيبه صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا بقاؤه عنده فيثبت في نصيب شريكه ايضا وايضا ما اذا حملت على ملك احدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة اشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول اولى لكون العلوق في ملكه وما اذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا امة فولدت لاقل من ستة اشهر من حين ملكاها او ولدته قبل ملكهما اياها فاشترياها فادعياه لا تكون ام ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد بان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا في كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبده هذا ابني وامه في ملكه هل تصير ام ولد له اولا قيل نعم مجهول النسب او معلومة وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على انه حكم عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي يقول في القديم ورجع عليه احمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعي يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب

ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا لبيّن لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب

الى ايهما شاء فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غيره امه والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الابناء وغيرها من الآثار من قاف اثره يقوفه مقلوب قفا اثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن مدلجي فغيره وهو قول احمد وقال مالك في الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من مائين لانه لما تعلق من رجل نسده الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا يفيدان القافة لو الحقوه بهما لا يلحق وهو قول الشافعي انه يبطل قولهم اذا الحقوه بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما اخرج في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة الم تري ان مجززا المدلجي دخل علي وعندي اسامة بن زيد وزيد عليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال ابو داود وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر رضي الله عنه انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله اعلم بذلك قال ولانهما استويا في سبب الاستحقاق يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فما يقبل التجزي كالارث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كان ليس معه غيره وقوله هو المعروف في قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما ابواه يرثانه ذكره سعيد ايضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فالحقه بهما فجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببعض القافة هو الحقه احد الرجلين ثم ذكر ايضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال لما دعا عمر رضي الله عنه القافة فراوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأى القافة قال قد كنت اعلم ان الكلبة تلد لاكلب فيكون كل جرو لابيه ما كنت ارى ان مائين يجتمعان في ولد واحد اسنده عبد الرزاق ايضا عن معمر عن قتادة قال اري القافة عمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه وقال هو بينهما يرثكما وترثانه قال فذكرته لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول العمري عن علي مثل ذلك يشير الى ما اخرج الطحاوي في شرح الآثار عن مالك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فاتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منهما ورواه عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن علي قال اتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما وضعفه البيهقي قال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن ابي ظبيان عن علي قال وقد روي عن علي مرفوع خلاف ذلك ثم اخرج من طريق ابي داود ثنا خشيش بن اصرم ثنا عبد الرزاق انا الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال اتي علي رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين اتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين

ولو كان لا يتجزى لكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره

قال لا اقارع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى
بدت نواجذه انتهى واعلم ان ابا داود رواه ايضا موقوفا وكذا النسائي عن علي باسناد اجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي
في مسنده وقال فيه وغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه وهو حسن يبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم
سر بقول القائف وان علي رضي الله عنه قضى في قوله وانه عليه السلام لم ينكر اثبات علي النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القائف فاجاب المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة لما
تقدم من ابي داود انه كان اسود وكان زيد ابيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون القائف فكان قول
القائف مقطعا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التاذي بنفي نسبه وظهور خطائهم والرد عليهم ثم يحتمل
مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فيكون متعلق سروره ايضا وليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سروره
بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن بعضهم فيه بعين المضايع بالرد وفي النسب واعلم انه استدل
على صحة القيافة بحديث اللعان حديث قال عليه السلام فيه ان جاءت به اصيهب اثيبج حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج
الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وهذا هو القيافة وهو الحكم بالشبه واجاب اصحابنا بان معرفة ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي
لا للقيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريف ان يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت
القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به يشبه الزوج او لا لحصول الحكم الشرعي
بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسبة الولد وقد اجيب ايضا بانه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله
عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار امور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه عليه السلام
سر بعمل علي وهو الحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريقة صحيحة لتقريره عليه السلام بل سروره فان
الضحك دليل مع عدم الانكار واذا لم يثبت التاريخ يلزمه الحكم بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر من العمل بقول القائف فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث
لا يعارضه المروي عنه في قصة شريح نفيا سا وعدم تثبيتها وان كانت قصة مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما ائمة ثقات
الا عن قوي امين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب رضي الله عنه اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول عن عمر لانه
روى عن عمر وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عن عمر باتفاق لزم ان ذلك [illegible] وهو كون القيافة من متعلقات
ثابت والشافعي رحمه الله لم يقل بثبوت الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر كان [illegible] يقول القافة فيما به القول بثبوت
النسب من اثنين ادخل محل الاجماع عن الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين اما [illegible] لم يكن متعلقا الا بمرد طعنهم او ثبوت نسخه بقول
الا انا لا نقول الا من [illegible] بما يفهم من بعض العبارات ان الماءين لا يجتمعان في الرحم الا مقا تبيين فاذا فرض انه خلق من الاول لم يتصور خلقه
من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه قوة وفي بصره واعضائه واما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل
لا تحيض فاما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه في نفس الامر من ماء احدهما

الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة وكذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن

ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة واربعة وخمسة واكثر وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد لا يثبت لاكثر من ثلثة لقرب الثلثة من الاثنين ولابي حنيفة رح ان سبب ثبوت النسب من اكثر من واحد الاشتباه للدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان تقضي به بينهما عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يقضي للمرأتين فلا يلحق الابن الام واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة او متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم انه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند ابي حنيفة يقضي به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضي به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضي به بينهم وعندهما يقضي به للرجل لا للمرأتين **قوله** الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما كملا وفي المبسوط امة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالمسلم اولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فانه لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي اولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن يبدأ الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب فادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم ملك ولا شبهة قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور ويثبت لامه ولا يتعين ذلك بل ان تزوج منهما ايضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر **قوله** وكانت الام ام ولد لهما لصحة دعوى كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شئ **قوله** ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا يسري في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك فصار كما اذا اقاما البينة على شئ يصير مشتركا بينهما فكذا اذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع **قوله** واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر ثم يثبت نسبه منه لما سيذكر وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب كسب المدعي او بطريق اولى لان للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتض بحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بحاله عند الحاجة وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى اولى وجه الظاهر وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه والاب يملك تملكه لحاجته على ما عرف فلا معتبر بتصديقه وهذا بخلاف الوارث ليستولد امة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق احد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس لاحد حق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب الولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق في ملك المولى لرقبته

وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف في صحة الاستيلاد على ما ذكرناه وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد
دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة
كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

المكاتب لكن لم يحصل في ملكه للمنافية ملكا خاصا واعترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته الا يرى انه لو اقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة اقوى من التصديق فظهر اشتراط التصديق وقد يجاب بان هذا الحجر بحق آدمي لكونه هو احق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو احق به منه الا ان يصدقه لجواز ان يكذبه بان يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا اقام بينة على الوطء فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعا بل تعديا للاحق على غيره بخلاف احد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس احدهما احق من الآخر **قوله** وعليه عقرها للمكاتب لانه اي لان وطئه المدلول عليه بقوله فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق اي حق الملك كاف في صحة الاستيلاد لما ذكرنا يعني قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ امة نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطء امتها اولى وابعد شارح فقال اي لما نذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق في ذمة سيد امة لا يصحح استيلادها وصاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو اقرب اليه من حبل الوريد **قوله** وقيمة ولدها عطف على عقرها اي عليه قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه اي الجارية بتأويل الشخص كسب كسبه فلم يرض برقه حيث اعتمد دليلا يوجب حريته فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور بشراء امة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة الا ان قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لما لكها الا انه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في اقرب اوقات الامكان واما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه امانة حبسها عن صاحبها تقديرا ثم لا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور بالمبيعة المستحقة لا يكون ام ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير ام ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه اول الباب وتحقيقه بثبوت نسب الولد منه واما ثبوت امومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهو اكثرها دون بعض وليس هنا يلزم نفي الحجة ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب **قوله** وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بيناه من انه لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه فلو ملكه اي لو ملك الولد يوما من الدهر ثبت نسبه منه وكان ولدا له لقيام الموجب هو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب **فروع** تقدم في رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير ام ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال

فيعتبر يومها

كتاب الايمان

ولا تسعى في دين وفي الكافي امة بين رجلين قالا في صحتهما هي ام ولد احدنا ثم مات احدهما يومر الحي بالبيان دون الورثة لانه يخبر عن نفسه والورثة يخبر بفعل غيرهم فان قال الحي هي ام ولدي فهي ام ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئا لانه لما اقر بوطيها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال هي ام ولد الميت عتقت صدقته او كذبته لانه ان صدق فهي حرة فان كذب فكذلك لاقراره بعتقها بموته ولا سعاية للحي لانه يدعي الضمان على الميت وكذا للورثة لانهم يدعون عليه الضمان ان كذبوه في اقراره وان صدقوه فقد اقروا بعدم السعاية والله الموفق۔

كتاب الايمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في ان الهزل والاكراه لا يوثر فيه الا انه قدم على الكل النكاح لانه اقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه اوجه واختص العتاق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه في تمام معناه الذي هو الاسقاط وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية فقدمه على اليمين و لفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لاخذنا منه باليمين وقول الشماخ وقيل الحطيئة ۔ رايت عرابة الاوسي يسمو ۔ الى الخيرات منقطع القرين ۔ اذا ما راية رفعت لمجد ۔ تلقاها عرابة باليمين ۔ اي بالقوة ثم قولهم انما سمي القسم يمينا لوجهين احدهما ان اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام على الحمل او المنع والثاني انهم كانوا يتماسكون بايمانهم عند القسم فسميت بذلك يفيد انه لفظ منقول ومفهومه اللغوي جملة اولى انشائية صريحة الجزئين اولى يوكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظ اولى يصير غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هي الموكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة اعم من الفعلية كحلفت بالله لا فعلن او احلف والاسمية مقدمة الخبر كعلي عهد الله او مؤخرته نحو لعمرك لافعلن وهو مثال ايضا لغير المصرح بجزئيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسماء هذا المعنى التوكيدي ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاولى ليست انشائية فليست التعاليق ايمانا لغة واما مفهومه الاصطلاحي فجملة اولى انشائية مقسم فيها باسم الله او صفته يوكد بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس او التزام مكروه كفرا وزوال ملك على تقدير ليمنع عنه او محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودي فان دخلت فانت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبفتحها لمنعها فان بشرتني فانت حر وسببها الغائي تارة ايقاع صدقه في نفس السامع وتارة حمل نفسه او غيره على الفعل او الترك فبين المفهوم اللغوي والشرعي عموم من وجه لتصادقهما في اليمين بالله وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحي في التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على انه لا يكره لانه لمنع نفسه او غيره ومحل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص واما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر

قال الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتدء وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق

فيما اذا عقدت على طاعة او ترك معصية فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما وندبه فيما اذا كان عدم المحلوف عليه جائزا وسيأتي واذا حنث فيما يجوز فيه الحنث او يحرم لزمته الكفارة **قوله** اليمين على ثلثة اضرب يمين الغموس الاصح اليمين الغموس على الوصف لا الاضافة واما يمين الغموس فاضافة الموصوف الى صفته هي مخوفة وما قيل هو كعلم الطب رد بانه اضافة الجنس الى نوعه لان الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلوة الاولى مقصور على السماع وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الاثم ثم في النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة **قوله** فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب به وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال ايضا كذلك كوالله ما لهذا علي دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة واقرب الالفاظ اليه ما في صحيح ابن حبان من حديث ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرء مسلم حرم الله عليه الجنة وادخله النار وفي الصحيحين لقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن ابي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم اي المحبوس عليها لانها مصبورة عليها **قوله** ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وهو قول اكثر العلماء منهم مالك واحمد وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت في الاصل وهي المعقودة لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق في الغموس فيتعدى اليه وجوبها ولنا انها كبيرة محضة لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه عليه الصلوة والسلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بما هو كبيرة بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب بان يحنث في موضع وجوب البر على ما ذكر من التفصيل فهو متاخر متعلق باختيار مبتدأ غير مقارن متحد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الالحاق وحاصل هذا ابداء وصف في الاصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزء المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار واجيب بان الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امساكا بالمعروف وبالافطار في رمضان ولو بخمر او زنى اجيب الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتمل ويجب الحد باعتبار انها في انفسها كبيرة وتحقيقه آخر بان ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالاول والكفارة بالثاني ونقض ايضا بقتل المحرم صيدا عمدا واجيب بان عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير الاحرام والحرم لم يحرم وانما حرم بالاحرام وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الايراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الاجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلا منهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته وهو منتف عند الاشعرية وهو قليل جدا كانه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لان اليمين في نفسه مباح او عبادة اذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلبه لو من الحالف بجهة فساد الا كانت كفرا وانما وقعت باطلة لقبحها ليس الا لعدم مطابقة المحلوف عليه او لقصده وذلك خارج من اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على ان كون حرمة السبب يمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينه او لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة او ساترة في ذنب اخف شرعيتها كذلك في ذنب اعظم

والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حلث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالىٰ لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالىٰ لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم الآية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

كان اوجه وللشافعي رحمه الله ان الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالىٰ لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه وتعالىٰ المراد بالمؤاخذة بقوله تعالىٰ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته فبين ان المراد بها الكفارة والجواب ان المؤاخذة مطلقا في الآخرة وهي المراد بالمؤاخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكر قالوا الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها في النص من غير حاجة الى زيادة تكلف الجواب منع انها معقودة لانها ربط في الشرع بالاسم العظيم معنى على وجه حمله عليه في المستقبل او منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل او لتوكيد صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر بر وانحلت ولا شك ان بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها منع الانعقاد كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها لانها عقدت على امر في المستقبل فما يحلها هو انعدامه في المستقبل لا في الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست يمينا حقيقة لان اليمين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن فيها وما قطع بانتفاع فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا وتسميتها يمينا مجازا بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة فهو من الحقيقة اللغوية وعلى احدهما يحمل قوله عليه الصلوة والسلام واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده وكونها تسمى يمينا لانها لم تتعقل للبر لا شك في تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا تقبل التشكيك فليس الوجه الا ما قدمناه من ان شرعية الكفارة لرفع ذنب اصغر لا يستلزم شرعها لرفع اكبر واذا اوضحنا في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم الى غموس وغيرها عسر النظر معه الا ان يكون لغة او سمع وقد روى الامام احمد في مسنده باسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذبا وغيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المقتضي لها لانها مصبور عليها اى محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن في حال تصرفه ودفعه مختارا عن نفسه قوله والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالىٰ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وما في قوله ما يحلف مصدرية اى الحلف على امر في المستقبل وهذا يفيد ان الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد امس لا يسمى منعقدة ويقتضي انها اما ليست بيمين وهو بعيد او زيادة اقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفي كلام شمس الائمة ما يفيد انها من قبيل اللغو فان اراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له وفي هذا اليمين فائدة تاكيد صدقه في خبره عند السامع وان اراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ولم يقل احد بذلك فكان خارجا عن اقوال السلف والجواب ان الاقسام الثلاثة فيما يتصور منه الحنث لا في مطلق اليمين قوله ويمين اللغو ان يحلف على امر وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه وتدخل في ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثانية ما في الخلاصة رجل حلفه السلطان انه لم يعلم بامر كذا فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم ارجو ان لا يحنث ونحوه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح و
الطلاق واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى

نسخه صاحبها وانما قيد محمد عدم المواخذة بالرجاء مع انه مقطوع به في كتاب الله تعالى حيث قال لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم للاختلاف في معنى اللغو
ففسره محمد بما ذكر وهو مروي عن ابن عباس وبه قال احمد وقال الشافعي كل يمين صدرت من غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو
مباين للتفسير المذكور لان الحلف على امر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن احمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن
عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين ان
يحلف على معصية فيتركها لاغيا بيمينه وقال سعيد بن جبير ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول او عمل فلما اختلف في معنى
في الآخرة اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المواخذة به كذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم
العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتادب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر
وانا وان شاء الله بكم لاحقون واما بالتفسير الرابع فغير مشهور فكونه لغوا هو اختيار سعيد **قوله** والقاصد في اليمين والمكره عليه والناسي
وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفي بعض النسخ الخاطي وهو من اراد ان يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه
اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله عليه الصلوة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين هكذا ذكره المص وبعضهم كصاحب الخلاصة
حمل جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث ابي هريرة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة
اخرجه احمد وابو داود وابن ماجة وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث ابي ذر قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن اعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدي في الكامل من حديث ابي هريرة رض
لاعبا عنه عم قال ثلث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح واخرج عبد الرزاق عن علي و
ذا التراخي عمر رض موقوفا انهما قالا ثلث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية عنهما اربع وزادوا النذر ولا شك ان اليمين في معنى
النذر فيقاس عليه واعلم انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين
غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا اصلا ولم يدر ما صنع وكذا
المخطي لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا
طلاقا واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس له حكم اليمين فما لم يقصده اصلا بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق او
عتاق لا حكم له اولى ان لا يكون له حكم اليمين وايضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انه
كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله ان لم يكن هو نفس التفسير الذي فسرنا به الناسي فان المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم
به بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه كان اقرب اليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي
بالتفسير المذكور اولى من حمله على الهازل وهذا الذي ادين به وتقدم لنا مثله في الطلاق فلا تكن غافلا **قوله** والشافعي يخالفنا في ذلك
فيقول لا تنعقد يمين المكره والناسي ولا المخطي للحديث المشهور رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه قال المص وسنبين
في الاكراه ان شاء الله تعالى واستدل ابن الجوزي للشافعي واحمد في التحقيق في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه

ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا

الدارقطني عن واثلة بن الاسقع وابي امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عنبسة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم **قوله** ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا لليمين مختارا وعن كل من الشافعي واحمد روايتان يحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد مر جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف والحاصل ان الوجوب يثبت عنده سببا كان او شرطا وبالنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه او مجنون تلزمه الكفارة فيخرجها وليه او هو اذا افاق لما ذكرنا من تحقق الشرط اي السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر وهو ان وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه او مجنونا فاجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم وانما يناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة او يدفع ضررا كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فادير على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلا او لا كما في شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد البلوغ واما توهم كما في شراء الامة البكر من المرأة فليس بصحيح لان التوهم حاصل بجواز حبل البكر ومملوكة المرأة على ان كونها لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان انعقدت على امر ثم يحلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث او يندب والله اعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا **قوله** واليمين بالله او باسم آخر من اسمائه يفيد لفظة آخر ان المراد بالله اللفظ فقال والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير ورب الذي لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين ومالك يوم الدين والاول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء واذا قالوا في قوله والطالب الغالب انه يمين لانه تعارف اهل بغداد الحلف لزم اما اعتبار العرف فيما لا يسمع من الاسماء من الكتاب والسنة فان الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى والله غالب على امره واما كونه بناء على القول المفصل في الاسماء ويفيد قوله آخر ان لا بد من كونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام يقتضي ان لا يكون يمينا والمنقول لو قال باسم الله ليس بيمين وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد انه يمين فليتأمل عند الفتوى ولو قال وباسم الله يكون يمينا ذكر ذلك في الخلاصة وقوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا قيد في الصفة فقط فافاد ان الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه او لم يتعارفوه وهو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وقال بعض مشايخنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فان اراد به يمينا فهو يمين فان لم يرد فليس بيمين ورجح بعضهم بانه ان كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين ارادة احدهما الا بالنية واما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم فتقييده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل او الذات وم

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اى معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

قول مشائخ ما وراء النهر ولذا قال محمد فى قولهم وامانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا ادرى كانهم راهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهه انه اراد معنى والله الامين فالمراد الامانة التى تضمنها لفظة الامين كعزة الله التى هى ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف وزيادة العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ ابى المعين فى تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الاصل بل هو على محاذات قول القائلين فى الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان اراد به الله تعالى كان يمينا والا فلا فجعل مثله فى الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان اريد صفته القائمة به فهو يمين والا فلا لكن مقتضى هذا ان يجرى فى قدرة الله مثله ان اريد به الصفة كان يمينا او المقدور على ان يراد بالمصدر المفعول او المصدر ويكون على حذف مضاف اى اثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لا يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف الى الحلف بلا تفصيل فى الارادة ولمشائخ العراق تفصيل آخر هو ان الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يصح ان يوصف بها وباضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل ويقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان او بمكان او بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض لا ينبغى ان ينبنى الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء انه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورف اولا وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا عند هؤلاء وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التى لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا اول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التى لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التى تطلق على غيره تعالى كالحى والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف او نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد يستعمل فى المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففى هذه يجرى التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله يمين الا ان اراد الجارحة **قوله** الا قوله وعلم الله استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله التى يحلف بها عرفا فيقتضى ان علم مما يحلف به عرفا فيثبت ولذا الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله فى لفظه وليس كذلك لانه علل بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل وارد على تعليله الثانى القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور واجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج من ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم من ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب ان لا تصح ارادة المقدور

ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر **قال** والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اي آمنتم به

بعد الوجود وهو غير صحيح اما وقوعها فقالوا انتظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود واما تحقيقا فلان القدرة في المقدور اذا كان مجازا لا يمتنع ان يطلق عليه مقيدا بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا بنفي التعارف فيسرد اما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب ان يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا معتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل **قوله** من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت متفق عليه قال وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال ومعناه ان يقول والنبي والقرآن اما اذا حلف بذلك بان قال انا بريء من النبي والقرآن كان يمينا لان التبري منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سياتي وكذا اذا قال هو بريء من الصلوة والصوم يكون يمينا عندنا فكذا هو بريء من الاسلام ان فعل كذا او بحرمة شهد الله او لا اله الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه او حساب فيه البسملة فقال هو بريء مما فيه ان فعل ففعل لزمته الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المتعددة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم اوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا فاما الحلف بكلام الله تعالى فيجب ان يدور مع العرف واما الحلف بجان سرتوا ومثله الحلف بحياة راسك وحياة راس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضي الله عنه لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغيره صادقا **قوله** والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور في القرآن قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد ارسلنا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل احلف او اقسم بالله وهي للالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولاصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لافعلن ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل من الواو لانها من حروف الزيادة وقد ابدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما روى من قولهم ترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا تحياتك **فرع** قال لم الله لافعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا ان نصارى بلادنا تعارفوه فيقولون واسم الله **قوله** وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف حرف الجر من عادة العرب يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقى اثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغي ان يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر اثره وفي حالة الجر مضمرا لظهور اثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض قيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف فظاهره في

وقال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رح رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله تعالى قالوا

نقل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة ونظر فيه بان هذا حاصل ان شائعان للعرب ليس احد ينكر احدهما ليتأتى الخلاف وحكى الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي اي قسمي الله لافعلن غير ان النصب كثير الاستعمال وذلك في النصب لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض اي بالفعل عنده واما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله اذا قيل اي الناس شر قبيلة اشارت كليب بالاكف الاصابع اي الى كليب قوله وكذلك اذا قيل لان الباء تبدل بها اي باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة واورد عليه انها لا تبدل بها بمعنى ان توضع مكانها دالة على غير مدلولها وفي الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له اي صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتأتى معناها فيه بخلافه في القسم والمستعمل اللام الا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس رضي الله عنه دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح في اللغة الا ان يتعارف كذلك وقوله في المختار احتراز عما عن ابي حنيفة رحمه الله اذا قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لهم ما ليس هو فيها ولا فرق في ثبوت اليمين بين ان يعرب المقسم به خطاء او صوابا او يسكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا سكن من انه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع او الحمل معقودا بما اريد منعه او فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ **قوله** قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رح رواية اخرى انه يكون يمينا يعني اذا اطلق لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته يعني في اسمائه الحسنى فقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وهو حقيته اي كونه تعالى ثابت الذات موجودا فكانه قال والله الحق والحلف به متعارف فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال احمد رح لا يقبل قوله بنية في عدم اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء وصار كقدرة الله **قوله** ولهما انه اسم حق الله تعالى يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كانه حقيقة حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام وهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيره مما يعتبر فيه العرف وجعل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة بل ما هو من حقوقه فصار غير

والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة واما الاستدلال على انه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلوة والسلام حق الله تعالى على العباد فقال ان لا تشركوا به شيئا الى آخره كما وقع لبعض الشارحين فليس بشئ لان صلته بلفظ على العباد بين المراد بالحق انه غير وجوده وصفة الكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على احد التعيين بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا **قوله** ولو قال والحق يكون يمينا اي بالاجماع كذا ذكره غير واحد من شارح بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا والا فلا انتهى فانت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان اطلق على غيره واتخذ ذلك القول المقابل للمختار واما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غيره مهجورا الا بدليل وبه يندفع قول ابي نصر ان نوى بالحق اليمين كان يمينا والا فلا ولا يلزم بطلان قول من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد اجماع علمائنا الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الاجماع ولو قال حقا بان قال حقا لافعلن كذا او نحوه لا يكون يمينا لان الحق من اسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما نقل عن الشيخ اسمعيل الزاهد والحسن بن ابي مطيع انه يمين لانه لم يضفه الى الله تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الاقوال الضعيفة ما قال البلخي ان قوله بحق الله يمين لان الناس يحلفون به فضعف لما علمت انه مثل حق الله بالاضافة وعلمت المغايرة فيه واذا ليس يمينا كذا بحق الله **قوله** ولو قال اقسم الخ اذا حلف بفعل القسم اما بلفظ الماضي او المضارع وكل منهما اما موصول باسم الله تعالى او بصفته او لا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله او اقسمت او شهدت بالله لافعلن كذا او عزمت بالله لافعلن فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل اقسم بالله او احلف بالله الخ فكذلك عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال ان يريد به المستقبل وعدا ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال على التقدم في العتق واوله لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته واما الاستشهاد بان في العرف كذلك كقولهم اشهد ان لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة الحال العلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد اشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على انه في نفسه كذلك عرفا لجواز ان يقال هي للمستقبل يستعمل للحال بقرينة حالية او مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه وان ذكر من غير ذكر اسمه تعالى فيما مثل حلفت لافعلن او اقسم او اشهد او اعزم او حلفت فعندنا هو رواية عن احمد وهو يمين نوى او لم ينو وقال زفر ان نوى يكون يمينا والا وقال الشافعي ليس بيمين نوى او لم ينو وهو رواية عن احمد وقال مالك اذا نوى في قوله اقسم بالله الخ يكون يمينا وان اطلق فلا وجه قولهم ان القسم يحتمل ان يكون بالله او بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والانشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول القائل ان نوى كان يمينا والا فلا وجوابه ما ذكره المصنف من انه حقيقة في الحال فانصرف اليه ومن ان الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليها الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة اي احتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف سريحا في المذهب ومنهم من صرح بانه اذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى او لم ينو يعني ان نوى اليمين او لم ينو شيئا اما اذا نوى غيره فلا شك انه لا يكون يمينا فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يكون حالفا لمن يستحق عليه اليمين شرعا فان اليمين على نية المستحلف لا الحالف الخ وقد وقع في هذه المسألة خبط في موضعين يا شبه مباني الحكم وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل اقسم او احلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث الخ ورد السؤال ان تقرير اليمين ما كان حاملا على شيء او تركه وعند فواته موجبا للكفارة على وجه الخلافة فقولنا اقسم هناك ليس موجبا شيئا من البر بمجرد

ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لأنه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال رحمه الله

لأنه لم يعقد يمينا على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يمينا ولأن الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس في القسم مجردا هتك فكيف تجب الكفارة ثم أجاب بأن الحق أن قوله على يمين فإن ذلك موجب للكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها فقال لو قال على يمين أو يمين الله فهو يمين وفي المنتقى لو قال على يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وإن نفى الكفارة صريحا لأن قوله على يمين لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها ثم قال وإنما كان كذلك لأن كلمة على للإيجاب فلما كان كذلك كان هذا إقرارا عن موجب اليمين وموجبها البر إن أمكن وإلا فالكفارة ولم يمكن تحقيق البر هنا لأنه لم يعقد يمينه على شيء فكان إقرارا عن الموجب الآخر وهو الكفارة وعلى هذا الخلافة وبالإقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا في قوله على نذر فيه كفارة يمين على ما يجيء بعد هذا فلما كان كذلك في قوله على يمين وعلى نذر كان في قوله أقسم عند قران النية بالقسم كذا لأن أصله الحال في استعمال الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك أن قوله أقسم لما كان عبارة عن الإقرار بوجوب الكفارة لم يحتج إلى وجوب البر ابتداء ولا إلى تصور هتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بأن اليمين بذكر المقسم عليه وما ذكر في الذخيرة من أن قوله على يمين موجب للكفارة معناه إذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين لا شك في ذلك وإنما ترك ذلك للعلم به فإن المقصود والذي يحتمل أن يخفى هو أن قوله على يمين هل يجري مجرى قول القائل والله أو لا فأما أن بمجرد ذكر ذلك يحتمل أن تجب الكفارة فلا خفاء فيه ليحتاج إلى التنصيص عليه ألا ترى إلى قول محمد في الأصل إن حلف بالله أو باسم من أسمائه أو قال والله أو بالله أو على عهد الله أو ذمته أو هو يهودي أو نصراني أو بريء من الإسلام أو قال أشهد أو أشهد بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أقسم أو أقسم بالله أو على نذر أو نذر الله أو أعزم أو أعزم بالله أو على يمين أو يمين الله أو ما أشبه ذلك فهذه كلها أيمان وإذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة وقد ذكر منها هو يهودي أو نصراني وأن يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل منها أنه يمين ولم يلزم من ذلك أن بمجرد قوله والله أو قوله هو يهودي تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث في كل منها للزوم الكفارة كما سمعت قوله وإذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت الكفارة ولأن في الظاهر أن مجرد الإقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة إلا إن كان في القضاء لأنه يؤاخذ بإقراره وليس الكلام في أن يقول أقسمت عند القاضي بل لو أقر به كان سبيله أن يفتيه بقوله إن كنت صادقا فعليك الكفارة وإنما كان الكلام في الحنث في اليمين وهو إنشاء والحق أن قوله على يمين إذا لم يزد عليه على وجه الإنشاء لا الإخبار يوجب الكفارة بناء على أنه التزام للكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتي في قوله على نذر إذا لم يزد عليه فإنه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك فبخلاف أحلف وأشهد ونحوها ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على أن مجرد قوله حلفت وأقسم يمين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله تعالى إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على أحد أن قوله أقسموا إنما يثبت وجود قسم منهم وهو لا يستلزم أن ذلك القسم كان على أمر لم تقصه علينا فإنهم لو قالوا والله ليصرمنها مصبحين يصح أن يقال في الإخبار عنهم أقسموا ليصرمنها ومثله في يحلفون لكم لترضوا عنهم إلى غيره كون حلفهم كان بلفظ الحلف أصلا فضلا عن الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى وإنما استدل لذلك بحديث الذي أي رؤيا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر ائذن لي فلأعبرها فأذن له فعبرها ثم قال أصبت يا رسول الله فقال أصبت وأخطأت فقال

أقسمت يا رسول الله لتخبرني فقال لا تقسم يا أبا بكر رواه أحمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر **قوله** ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لأنه للحال لأن معناه أحلف الآن بالله ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا لأنه مستقبل ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم يعني حلفت

وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

بطلاق زوجتي لا يكون يمينا لعدم التعارف في الطلاق كذلك **قوله** وكذا قوله لعمر الله وايم الله يعني يكون حالفا كما هو حالف في قسم بالله واخواته لان عمر الله بقاؤه وفيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط بخلاف عمرو العلم فانها الحقت للفرق بينه وبين عمر والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو ان يوصف به لا بضده وكانه قال وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه واذا ادخل عليه اللام رفع على الابتداء او حذف الخبر اي لعمر الله قسمي وان لم يدخل اللام نصب نصب المصادر فيقول عمر الله ما فعلت ويكون على حسب حرف القسم كما في الله لافعلن واما قولهم لعمرك الله ما فعلت فمعناه باقرارك له بالبقاء وينبغي ان لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده واما ايم الله فمعناه ايمن الله وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار ايم الله ثم خفف ايضا فقيل م الله لافعلن كذا فيكون ميما واحدة لهذا نفى سيبويه ان يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة ايمن بالقطع وانما وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرئ من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما يمينا لان الحلف بها متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون وقال صلى الله عليه وسلم في حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس في امارته ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امارة ابيه من قبل وايم الله ان كان لخليقا بالامارة الحديث في البخاري

قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه يمين اذا اطلق عندنا وكذا عند مالك واحمد وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير نية وقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان لا يفيد ان العهد يمين لجواز كونهما شيئين امر بالايفاء بالعهد ونهى عن نقض الايمان المؤكدة باي معنى فرض النقض فاستدلالكم به على انها يمين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بخلاف ما عقد عليه الا لو ثبت في مكان آخر في الشرع انه كذلك قلنا ان اهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هي العهود المتقدم ذكرها او هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حلفا بصفة الله تعالى كما حكم بان اشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وايضا غلب الاستعمال لها في معنى اليمين فيصرف اليه فلا يصرف عنه الا بنية عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوى اليمين او لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين وان قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كان يقول وذمة الله او امانة الله لافعلن واستدل على كونها يمينا بانه عليه السلام اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم اهل حصن او مدينة فارادوكم على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انه يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمي معاهدا والامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك واحمد هو يمين وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن ابي داود من حديث بريدة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي عدم كونه يمينا والوجه انه يقتضي منع الحالف به ولا يستلزم ذلك لانه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله اعلم ولو قال علي عهد الله وامانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك واحمد ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكي عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع بين الالفاظ

وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين فان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل

للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة **قوله** وكذا اذا قال علي نذر او علي نذر الله يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال علي نذر الله لافعلن كذا او لا افعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم فان كان نوى بقوله علي نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى فان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولا شك ان قوله عم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه ابوداؤد من حديث ابن عباس رض يوجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانه ينصرف الحديث الى ما لا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال علي نذر او نذر الله ولم يزد على ذلك فهذا لم يجعله يمينا لان اليمين انما يتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه ان تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله علي كذا صلوة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او متعلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله علي نذر صوم يومين معلقا او منجزا فسياتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا فاذا فعله لزمته كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك انه عم حرم مارية على نفسه فانزل الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ووجه الالحاق انه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده اي الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا علي حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه قد فعله فهو يمين الغموس لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى يكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه عم انه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يتراءى اعم من ان يعتقده يمينا او كفرا والظاهر انه اخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان ان يكون من اهل الجهل لا من اهل العلم والخير وهؤلاء لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن اطلق القول بكفره **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط اي لا يلزم سببية الشرط غاية الامر ان يكون نفس الدعاء متعلقا بالشرط فكان عند الشرط دعاء على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك متعلق باستجابة دعائه ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو زان او فاسق او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لا يكون يمينا اما اولا فلان معنى اليمين ان يعلق بما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا او سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستانف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل لو جود لازما ليس المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر او اعتقاد

ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة واما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله يحتمل النسخ والتبديل اما الخمر فظاهر واما السرقة فعند الاضطرار الى اكل مال الغير وكذا اذا اكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا يحتمل السقوط فلم يكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع او لا تحتمل اما اثره فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع ان ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع فان لم يرجع اليه لا يكون يمينا فلا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس بمتعارف ان يقال ان فعلت كذا فانا زان فلا يكون يمينا **فروع** في تعدد اليمين وعدمها وغير ذلك اذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ او عدم اختلافه فهو يمين واحد كان يقول والله الرحمن الرحيم او يقول والله الله الا ان تعليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول يأول وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله او هو بريء من الله ورسوله وان كان بواو فهو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها وكذا بواوين مع اتحاد نحو والله ووالله فيتفرع انه لو قال والله ووالله والرحمن انها ثلاثة ايمان او هو بريء من الله وبريء من رسوله فيمينان حتى لو قال هو بريء من الله وبريء من رسوله والله ورسوله منه بريء ان فعل فهي اربعة ايمان فيلزمه بفعل ما سماه اربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه اخذ مشايخ سمرقند واكثر المشايخ على ظاهر الرواية فلو قال بواوين كوالله ووالرحمن فكفارتان في قولهم وروى علي بن سماعة عن محمد في غير المختلفة مطلقا نحو والله والله او والله والله كفارة واحدة هذا قبل ذكر الجواب اما لو قال والله لا افعل كذا ثم اعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا اقربك ثم قال والله لا اقربك فقربها مرة لزمته كفارتان روي ذلك عن ابي يوسف وسواء كان ذلك في مجلس او مجالس وروى الحسن انه ان نوى بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة وهي عبارة عن قضاء فيما والمراد ان يريد بالثاني تكرار الاول وتاكيده واختار هذا الامام ابو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة او لم ينو شيئا يلزمه كفارتان وقد مر في الايلاء وفي التجريد عن ابي حنيفة اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم وهذا يخالف ما روى الحسن في الخلاصة عن نسخة الامام السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على امر ان لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس او في مجلس آخر ان لا يفعله ابدا ثم فعله ان نوى يمينا مبتدأ او نوى التشديد او لم ينو فعليه كفارة يمينين اما اذا نوى بالثاني الاول فعليه كفارة واحدة وقدمنا في الايلاء لو قال والله لا اكلم فلانا يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاث كفارات لانه انعقد على تلك الساعة ثلاثة ايمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه فعرف في الطلاق انه لو قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات وما في الاصل من انه اذا قال هو يهودي هو نصراني ان فعلت كذا فهو يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فيمينان يفيدان في مثله تعدد اليمين منوط بتكرير المحلوف عليه مع تكرار الالتزام بالكفر ولو قال بريء من الكتب الاربعة فهو يمين واحدة وكذا لو قال هو بريء من التوراة والزبور والانجيل والفرقان يكون يمينا واحدة ولو قال هو بريء من التوراة وبريء من الانجيل

فصل في الكفارة **قال** كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة

انه بري من الله بري من القرآن فهو اربعة ايمان ولو قال هو شريك اليهودي هو كقوله يهودي ولو قال برئ من هذه الثلثين يوما يعني شهر رمضان ان اراد عن فرضيتها يكون يمينا او عن اجرها او لم ينو شيئا لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلوة التي صليتها حنث لا يلزمه شيء بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في برئ من الشفاعة في مجموع النوازل الاصح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار امس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن ابي يوسف قال لآخر ان كلمت فلانا فعبدي حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلم بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لآخر الله لتفعلن كذا او والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فان اراد المبتدي الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السوال فكانه قال نعم والله لافعلن كذا وان نوى المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو الحالف هو المبتدي وان اراد المبتدي الاستحلاف فاراد المجيب ان لا يكون عليه يمين وان يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك قال لمديونه ان لم تقض ديني غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم واراد جوابه يلزمه يمين ثانيا فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال الآخر والله لا تجيء الى ضيافتي فقال الآخر والله لا اجيء الى ضيافتك فقال نعم يصير حالفا ثانيا

فصل في الكفارة الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر بثوبه اشتمل به واضافتها الى اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافة الى السبب فاليمين هي السبب وسيذكر المصنف المسئلة **قوله** كفارة اليمين عتق رقبة اي اعتاقها لا نفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى الكفارة لا يجوز ويجوز فيها ما يجزئ في الظهار وتقدم المجزئ في الظهار من انها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة ولا يجزئ فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزئ العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوعة اليدين او الرجلين وفي الاصم اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث لو صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق ومن يفيق ويجن يجوز ولا المدبر وام الولد لانهما لاستحقاقهما الحرية ينقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز بخلاف الذي ادى بعض شيء لانه كالمعتق بعوض **قوله** وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد يعني ان كسا ثوبين او ثلاثة فهو افضل وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر وصاع من تمر وشعير ذكره الكرخي باسناده الى عمر رض قال صاع من تمر او شعير او نصفه من بر باسناده الى علي رض قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين ولو غداهم وعشاهم ونيتهم فطيما او قوته قريبا لم يجزئ من اطعام مسكين وتجوز ان يغديهم ويعشيهم بخبز ان كان برا لا يشترط الادام وان كان غيره فبالادام ويجوز في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة للعبد الخيار في تعيين ايها شاء فتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طريقة في الاصول

قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رح يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد وعن ابي يوسف وابي حنيفة رح ان ادناه مايستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف

و دخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والاطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه الا بالصوم ولو اعتق عنه مولاه او اطعم او كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد فعتق قبل ان يفرغ ولو بساعة فاصاب مالا وجب عليه استيناف الكفارة بالمال **قوله** فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة من الاعتاق والكسوة والاطعام كان عليه صوم ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي يتخير بين التتابع والتفريق لاطلاق النص وهو قول مالك رح في قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب احمد ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور لشهرتها على ماقيل الى زمن ابي حنيفة رح والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعي كان اولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثتين وانتم تحملونه في حادثة فجريتم على موجب ذلك في هذا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله ادوا عن كل حر وعبد وقوله ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين اجيب عنا بانا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل ان يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد على المطلق وتقييد اطلاقه للتنافي بينهما فان الاول يقتضي ان لا يجوز الا بقيد التتابع ولا تجزي التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقا كجوازه متتابعا واذ وجب القدر الاول لزم انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد للاسباب ولا منافاة في الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا الكلام يحتاج الى تحقيق وتحقيقه ان الحمل لما لم يجب الا بالضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما الا لو قلنا بمفهوم المخالفة فانه ح يكون الحاصل من المطلق ان ملك العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان او كافرا والحاصل من المقيد ان ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم فاذا فرض تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم ان المراد ان المسلم فقط هو السبب هو الحمل ضرورة لكنها لم نقل به فبقي مقتضى المطلق بلا معارض وهو ان المسلم وغيره سبب واجابوا عما الزم الشافعي رح بان هذه الكفارة يجاذبها اصلان في التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على انه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل باطلاق نص الكفارة

قوله ثم المذكور في الكتاب اي المبسوط والمختصر القدوري في بيان ادنى الكسوة المسقطة للواجب من انه ما يجوز فيه الصلوة روي عن محمد وتجزيه دفع السراويل عند تقييده بالرجل فان اعطى السراويل المرأة لا يجوز لانه لا تصح صلوتها فيه وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح ان ادناه مايستر عامة بدنه ولا يجوز السراويل على هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا فعلى هذا لا بد ان يعطيه قميصا او جبة او رداء او قباء او ازارا سائلا بحيث يتوشح به عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والا فهو كالسراويل لا يجزي العمامة الا انه ان امكن ان يتخذ منها ثوب تجزي مما ذكرنا جاز واما القلنسوة فلا تجزي بحال وان كان قد روي عن عمران بن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم وفد على الامير فاعطاهم قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رض لا يجزي اقل من ثلاثة اثواب قميص وازار ورداء وعن ابي موسى الاشعري ثوبان قال الطحاوي وهذا كله اذا دفع الى الرجل اما اذا دفع الى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لان صلوتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل انه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب انما ظاهر الجواب ما ثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان عليه بني عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلوة وعدمها فانه لا دخل له في الامر بالكسوة وليس معناه الاجعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سائلا وازارا وخمارا غطى رأسها واذنيها دون عنقها لا شك في ثبوت اسم انها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح صلوتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم تحت الصلوة اولا ثم اعتبار الفقير والغني عندنا عند ارادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم اعسر عند التكفير اجزاه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه وعند الشافعي رح

لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح

على القلب قياسه على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء اما هذا العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه **قوله** لكن ما لا يجزيه يعني لو اعطى الفقير ثوبا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار او نصف ثوب يجزي وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير اجزاه عن اطعام فقير من الكفارة وكذا اذا اعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه الكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا اجزاه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب لانه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام وعن ابي يوسف لا يجزيه الا ان ينوي به عن الاطعام وعند زفر لا يجزيه نوى او لم ينو واعترض بقوله عم فانما لكل امرء ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تع خير المكفر بين خصال ثلث فاذا اختار احدها صار كانه هو الواجب ابتداء ويتعين الآخران والجواب انه ان اراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله عم وانما لكل امرء ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدى طعاما او كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان اراد انه لا بد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب هو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع احدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصلح اطعاما او غيره مما هو احد الثلاثة ولو توقف المسقوط على ان ينوي بدفع احدها انه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم ان ينوي كل خصلة في نفسها فيجب ان ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط فانصرف الى ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعطى نصف صاع تمر يسوى في صدقة الفطر قيمة نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة واجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي ولا يدفع احدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احدهما عن الآخر وانما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا نفيسا صغيرا يبلغ قيمة ثوب كبير يجزي عن الكسوة ينبغي ان لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام **قوله** وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال دون الصوم لانه ادى بعد السبب وهو اليمين وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه اضيف اليه الكفارة في النص بقوله تع ذلك كفارة ايمانكم ولان اهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكما شرعيا او متعلقه كما فيما نحن فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبتت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكوة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا ان لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعني ان تقديم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكوة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا سواء كان او مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سنذكره لنا ان الكفارة لستر الجناية من الكفر وهو الستر قال القائل في ليلة كفر النجوم غمامها وبه سمي الزراع كافرا لانه يستر البذر في الارض ولا جناية قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا اقسم النبي والصحابة على الايمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون فرضا وانما

قلنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة

اخرج المص الكلام مخرج الظاهر المتبادر من احلاف المحلوف عليه والحاصل انه السبب للحنث سواء كان به معصية او لا والمدار توفير ما يجب لاسم الله عليه وهذا يفيد ان السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان اقل ما في السبب ان يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع من عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لا عن اليمين للعلم بان نفس اكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح لانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم ان اليمين سبب فلا شك في ان الحنث شرط الوجوب للقطع بان الكفارة لا تجب قبله ولا وجب بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا هذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكوة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في قوله عم فليكفر عن يمينه ثم ليأت بالذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وائت الذي هو خير وفي مسلم من حديث ابي هريرة عنه عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري بالواو ليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير هذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى اللفظ على الكثير ومن ذلك حديث عائشة رضي في المستدرك كان عم اذا حلف لا يحنث حتى انزل الله كفارة اليمين فقال لا احلف الى ان قال الا كفرت عن يميني ثم اتيت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة ان ابا بكر كان الى آخره في المستدرك وفيه العطف بالواو وهو اولى بالاعتبار وقد شابت لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعني من سواه من هو اولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء بجملته المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين وكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الآية وهذا لان الواو لما لم يقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تعقيبه للحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسها في صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه عم من حلف على يمين فرأى خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها ما رواه الامام احمد عن عبد الله بن عمر قال قال عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقال النسائي اخبرنا احمد بن منصور عن سفيان ثنا ابو الزعراء عن عمه ابي الاحوص عن ابيه قال قلت يا رسول الله ارأيت ابن عم لي آتيه اسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فيأتيني ويسألني وقد حلفت ان لا اعطيه ولا اصله فامرني ان آتي الذي هو خير واكفر عن يميني ورواه ابن ماجة بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواة فاذا ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب ما قدمنا من حمل القليل على الكثير الشهير وحكمه فنحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب

قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة

الحديث منها دون ثم واما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله عليه السلام من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه فان اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد قوله ثم لا يسترد من الفقير يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له ان يستردها منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له ان ينقضه ويبطله **قوله** ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه آنفا ولان فيما قلناه من تحنيث نفسه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البر ولا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو ان يبر في يمينه بفعل المعصية فانه ح يتقرر المعصية دون جابرة يجبرها واعلم ان المحلوف عليه انواع فعل معصية او ترك فرض فالحنث واجب وشيء غيره اولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث افضل لان الرفق يمن وكذا الحلف ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك او ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان العفو افضل وكذا تيسير المطالبة او على شيء وضده مثله كالحلف لا ياكل هذا الخبز او لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين اولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار في تاويلها انه البر فيها امكن **قوله** واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شيء وعلى هذا الخلاف اذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة او صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي واحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه اهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس هو اهلا لها وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه احدى الخصال فكذا هذا لما تعذر منه الصوم تعين ما سواه وايضا هو اهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوي ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل من العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حق مجرد الاسقاط المالية ثم يثبت في هذا السمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال اوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله عليه السلام تبرئكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا ايمان لهم واما قوله تعالى وان نكثوا ايمانهم فيعني صور الايمان التي اظهروها والحاصل لزوم تاويل اما في ايمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايفاء لهم بها او في نكثوا ايمانهم على قول ابي حنيفة ان المراد ما هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان اهلا لليمين يكون اهلا للكفارة وليس الكافر اهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان او ما وقع من اخلاف ما وضع عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر اهلا لفعل العبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن بتجريده من معنى العبادة ليس بشيء لان الكلام في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابهما والكلام في ايجابهما كفارة وايجابها كفارة لا يقبل الفصل كما ذكرنا ولو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع بصفة لا يثبت شرعا

ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه

الا بتمام الصفقة والا فهو حتى آخر واما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم حين حكم بين اليهود بحسبين ليبينا فالمراد كما قلنا صورا لايمان فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه هو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع الزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا ان يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه واما قوله عمر اوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كاللجاج وحسم فيكون انه امره ان يفعل قربة مستأنفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس اهل القربة من القرب فليس اهلا لالتزامها الا يرى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء لفعل نفس الملتزم لا لمضاعفة العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي اشرك به فيه قصور عن محل النزاع **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه كهذا الثوب علي حرام او هذا الطعام او هذه الجارية او الدابة لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين ليس ملكه شرطا للزوم حكم اليمين فانه جار في نحو كلام فلان علي حرام ونحوه مما بلفظ شيئا هو اعم من الفعل وغيره نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على جزء الطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يمين حتى لو اكله حلالا لزمته كفارة والحاصل ان جعله لا يمنع تحريمه حلفا الا يرى انه قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر علي حرام ان المختار للفتوى انه ان اراد به التحريم يعني الانشاء يجب الكفارة اذا شربها كانه حلف لا اشرب الخمر وان اراد الاخبار او لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه امكن تصحيحه اخبارا والمنقول فيه خلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة عند احدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى النية ولو قال الخبز علي حرام فليس بيمين الا ان يقول ان اكله وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه واعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع بمعاني نحو حرمت عليكم امهاتكم وحرمت الخمر والخنزير فانه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل وكذا قال في الخلاصة لو قال هذا الثوب علي حرام فلبسه حنث الا ان ينوي غيره وان قال ان اكلت هذا الطعام فهو حرام فاكله لا يحنث وذكر في المنتقى لو قال كل طعام اكله في منزلك فهو علي حرام ففي القياس لا يحنث اذا اكله كذا روى ابن سماعة عن ابي يوسف ره وفي الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا ان اكله حرام انتهى وعلى هذا فتجب في التي قبلها وهي قوله ان اكلت هذا الخبز فهو علي حرام ان يحنث اذا اكله وكذا ما ذكر في الحيل ان اكلت طعاما عندك ابدا فهو حرام فاكله لم يحنث ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال القوم كلامهم علي حرام ايهم كلمه منهم حنث في مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان علي حرام يحنث بكلام احدهما وكذا كلام اهل بغداد وكذا اكل هذا الرغيف علي حرام يحنث باكل لقمة بخلاف ما لو قال والله لا اكلم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة وفي فتاوى قاضي خان قال مشائخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قالت لزوجها انت علي حرام او حرمتك يكون يمينا ولو جامعها طائعة او مكرهة يحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فادخل لا يحنث ولو قال الدراهم في يده هذه الدراهم علي حرام ان اشترى بها حنث وان تصدق بها او وهبها لم يحنث بحكم العرف **قوله** وقال الشافعي لا كفارة عليه يعني الا في الجواري والنساء وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا ان الشرع ورد به

ولو قال كل حل عليّ حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر ووجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن الماكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروي حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف

في الجوامع والنساء في معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فبين سبحانه انه عليه السلام حرم شيئا مما هو حلال وان فرض له تحلة فعبر عن ذلك بقوله تحلة ايمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما احل الله له يمينا فيها الكفارة غير مفيد لان الكلام الآن في تخصيصه بمورده او تعميمه اجيب بان العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما احل الله لك وقد يدفع بان المراد به خصوص ما وقع تحريمه اي لم حرمت ما كان حلالا لك ولذا قال تبتغي مرضات ازواجك فان ابتغاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل بخصوص سبب النزول الجواب انه كما ورد انها نزلت في تحريم مارية ورد انها نزلت في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها كان عليه الصلاة والسلام يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة ان ايتنا دخل عليها فلتقل اني اجد منك ريح مغافير فدخل على احدهما فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن اعود له فنزلت يا ايها النبي لم تحرم وهذا اولى بالاعتبار لان رواية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحينئذ لا مانع من كون نفسه تعالى من الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغي مرضات ازواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم مارية لان مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فان ذلك انما يتصل في بعضهن فيجب الحمل عليه ضرورة والحق تقديم انه نزل فيهما والله اعلم ثم قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم حيث سمى تحريما وهذا لزمته التحلة اجيب بانه لم يذكر في الآية ما فعل وحديث الصحيحين فانما فيه انه لن يعود لا انه يحلف بالنص مع انه لا بد منه والحديث الصحيح قوله ولن اعود له ولا شك ان هذا ليس يمينا موجبا للكفارة عند احد فكذلك ذكر الله تعالى تحلة ايمانكم يفيدان الواقع منه كان يمينا فان حكم بانه كان منه يمين مع ذلك القول قول آخر لم يرو في تلك الرواية ثبت بالنص انه كان يمينا وقد يجاب كون لفظ التحريم الا ان لفظ حرم على نفسه ظاهر في ارادة قال حرمت كذا ونحوه بخلاف العطف على ما هو حاصل الجواب الذي اقتصر عليه المص وهو ان لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله باثبات حرمته اي حرمة ذلك الشيء لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا لكلامه عن الالغاء فصلا من الله عليه نعم المعنى المذكور القساء وغيره من قوله ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة في قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف ان مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والا لم يصح قول استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه فيتناول جزء يلزمه الحنث وهذا بخلاف ما تقدم من والله لا اكلم وهذا الرغيف على حرام على ما نقل قاضي خان عن المشائخ **قوله** ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك فاذا اكل او شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه كفتح العينين وتحريك الجفنين وهو قول زفر بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ ووجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم والظاهر انه لم ينعقد للحنث ابتداء اي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه اي هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على اخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب اخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو اسقني اذا اريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية فاذا نواها كان ايلاء لان الحلف على قربانها ايلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فايهما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء مؤبد خرج كما

اربعة اشهر بانت الى آخر احكام الايلاء المؤبد وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا اى مشائخ كابى بكر الاسكاف وابى بكر بن ابى سعيد والفقيه ابى جعفر قالوا يقع به الطلاق لغلبة الاستعمال فى الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البزدوى فى مبسوطه هكذا قال بعض مشائخ سمرقند ولم يتضح لى عرف الناس فى هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقيد الجواب فى هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا واما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام كلامك ونحوه كاكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة وهى كل حلال على حرام وتعارفوا ايضا الحرام يلزمنى ولا شك فى انهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل كذا ولافعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمنى لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهى طالق ويجب امضاؤه عليهم وفى القنية لو قال حلال الله على حرام او قال حلال خداى ولم امرأة ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة قال المصنف وكذا ينبغى فى حلال بروى حرام للعرف يعنى يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى واختلفوا فى قوله هرچه بدست راست گيرم بروى حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال فى الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرچه بدست راست گرفته ام فهو بمنزلة قوله گيرم ولو قال هرچه بدست چپ گيرم فى مجموع النوازل لا يكون طلاقا ان نوى ولو قال هرچه بدست گيرم ولم يقل راست او چپ فهو كقوله بدست راست گيرم والحاصل ان المعتبر فى انصراف هذه الالفاظ عربية او فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال اردت غيره لا يصدقه القاضى وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اى غير معلق بشرط كان يقول على الله صوم شهر او حجة او صدقة او صلوة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب فعليه الوفاء بها وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلوة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب واما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب ان يكون معناه اذا كان حراما لعينه او ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب ان يصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه فى مختصر الاصول ومذهب احمد وفيه كفارة يمين مستدلا بحديث ورد فيه وهو قوله عليه السلام لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذى بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح بين علته وكذا قال الترمذى قوله فعليه الوفاء به اى من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به ولا تعيين وهو خلافية زفر ولو نذر ان يتصدق بهذه الدراهم فتصدق بغيره من نذره او نذر التصدق فى هذا اليوم فتصدق فى غد او نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره من نذره اجزأه فى كل ذلك خلافا لزفر له انه اتى بغير ما نذره ولنا ان لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات آخر لا دخل لها فى صيرورته قربة وقد اتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين فى المسجد الحرام فاداها فى اقل شرفا منه او فيما لا شرف له اجزأه خلافا لزفر وافضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحى ثم البيت لانه نذر بزيادة قربة فتلزمه قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم اصل القربة بالتزامه الى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقى لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال ابو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد والجواب ان محمدا

لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح

اجزاه كذلك واما ابو يوسف فانما يلزمه بوضوء لانه حين نذر ركعتين لزمتاه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره نذرهما بلا قراءة لزمتاه ركعتين بقراءة او لو نذر ان يصلي ركعة واحدة لزمتاه ركعتين او ثلثا لزمتاه اربع وقال زفر لا يصح النذر في الاوليين لان الصلوة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر ثلثا يلزمه ركعتان لانه التزم ركعة بعد الشفعتين فصار كما اذا التزمها مفردة وعلى قول ابي يوسف معنى ما قدمنا وهو ان الالتزام لشيء التزام لما لا صحة له الا به ولا صحة للصلوة بلا قراءة ولا للركعة الواحدة الا بضم اخرى اليها فكان ملتزما القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلوة بلا وضوء حيث ابطله والتزامها بلا قراءة حيث اجازه والفرق ان الصلوة بلا طهارة ليست عبادة اصلا وبلا قراءة تكون عبادة كصلوة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا ان هذا المكان محلها بالاصالة فلا باس باعادتها هنا فسبحان الله رب العالمين **قوله** لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا انه مستغنى عنه في لزوم المنذور بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المصنف في كتاب الصوم بان المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بانها توجب الافتراض للقطعية والجواب بانها مؤولة اذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تبق قطعية الدلالة والسنة كثيرة منها حديث في البخاري من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه من حديث عائشة والاجماع على وجوب الايفاء به واستدل من قال من المتاخرين بافتراض الايفاء بالنذر **فروع** اذا نذر شهرا بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو افطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو افطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان لم يعينه كشهر ان شاء تابعه وان شرط التتابع لزمه فيستقبل ولو التزم بالنذر اكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار قال الطحاوي اذا اضاف النذر الى سائر المعاصي كلله علي ان اقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث لله علي ان اطعم المساكين على عشرة عند ابي حنيفة لله علي طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله علي ان اعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه ان يعتقها فان لم يعتقها اثم ولا يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة اذبحها او ذبحت شاة لا يلزمه شيء ولو قال اذبحها واتصدق بلحمها لزمه قال لله علي ان اذبح جزورا فاتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز **قوله** وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث الذي رويناه من البخاري وغيره فانه امر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كانه قال عنده لله علي كذا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه اي عن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بشرط الا انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة [illegible] فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة او صوم ثلثة ايام والاول وهو لزوم الوفاء عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن ابي حنيفة في النوادر وروي عن عبد العزيز بن خالد الترمذي خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رايي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا ابو حنيفة قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال البلخي مشائخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان ووجه الظاهر النصوص من الآية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فتعارضا فيحمل مقتضى الايفاء عينا على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا اشكال ان المعلق

قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في ان سببا لايجاب هو الحنث منتف حالة التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختاره المصـ والمحققون ان المراد بالشرط الذي تجزىء معه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة ان يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه صلعم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير الحديث واما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي او قدم غائبي او مات عدوي فعلي صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا عين فعل المنذور لانه اذا اراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء فصار محل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحل ما يقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب احمد فيه هذا التفصيل الذي اختاره المصـ واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء بالكفارة في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق ليس حجة لما قلنا وهذا التقرير اولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين للمنع فاجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما تكون للمنع تكون للحمل فلم يخص معناها بما لا يراد كونه فالفرق على هذا الحكم **قوله** ومن حلف على يمين اي على محلوف عليه فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شيء قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضـ وكذلك قال موسى عم ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا لوعده وتقدم في الطلاق وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشيئة الله فلا يتغير بذكره حكم ، وللجمهور قوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه ابو داؤد والترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى اعني اذا قال والله لا اخرج اليوم ان شاء ربي فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لا يحنث لان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا اخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتقض على مالك في اليمين اما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى فظاهر ان المتعلق بالمشيئة هو انت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله انت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى انت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك فلا ما لفظ ثم لا يجدي لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بانت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشيئة ان كان لفظ انت طالق فقد شاء حيث وجد فيجب حكمه او نفس الوقوع فقد شاء حيث شاء علته وهو تلفظه وما في الطلاق تقدم تفصيله وهذا ما وعدناه في الطلاق

ثم شرط عمل الاستثناء في الابطال الاتصال فلو انقطع بعذر سعال نحوه فهو الشرع الحكم

باب اليمين في الدخول والسكنى اراد بيان الافعال التي يحلف عليها فعلا فعلا فبدأ بفعل السكنى لان اول الافعال التي يحتاج

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانه تبنى للبيتوتة فيه في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

اليها الانسان ان يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان الزم للجسم من اكله ولبسه **قوله** ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او الكنيسة وهي متعبد اليهود والبيعة وهي متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل ان الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي رح ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رح وبولا على النية مطلقا كما عن احمد رح لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفي اعني الالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كما ان العربي حال كونه بين اهل اللغة انما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف الفاظ المتكلم الى ما عهد انه المراد بها ثم من المشائخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطا ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى ان هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا في ... من الالفاظ ليس له وضع لغوي بل احدثه اهل العرف وان ماله وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وان تكلم به متكلم من اهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من اهل اللغة او غيرها ان كان من غيرهم نعم ما وقع استعماله مشتركا بين اهل اللغة واهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف واما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه في عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب ان لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت فظهر ان مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا وان كان له نية شيء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره واذا حققنا هذا فالكعبة وان اطلق عليها بيت في قوله تعالى ان اول بيت وضع للناس للذي ببكة وكذا المسجد في قوله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ولكن اذا اطلق البيت في العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز ان كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث والحاصل ان كل موضع اذا اغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للبيتوتة من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها اربع حوائط كما هي صفات الكوفة او ثلثة على ما صححه المص بعد ان يكون مسقفا كما هي صفات ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر انه مفتح واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان ساباطا وهو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع اطرافها على جدار الباب واطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل له وسياق ان السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا **قوله** ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب وقد شهدت اشعار العرب بذلك قال النابغة الذبياني واسمه زياد بن معاوية شعر يا دار مية بالعلياء فالسند + اقوت وطال عليها سالف الابد + وقفت فيها اصيلانا اسائلها + عيت جوابا وما بالربع من احد + الا الاواري لايا ما ابينها + والنؤي كالحوض بالمظلومة الجلد + اذا كانت الدار بالعلياء فالسند

ومن حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجداً او حماماً او بستاناً او بيتاً فدخله لم يحنث لانه لم يبق داراً لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدارية

وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه اي يصعد لم يفسرها السبيل واقوت اقفرت وطال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضي والابد الدهر اي طال عليها مضي الزمان وبذلك تم خرابها واصيلالاً تصغير جمع اصيل اصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاماً فيقال اصيلال وانما صغره للدلالة على تصاغر الوقت اي ... وتعذر فيه المسألة وهذا السؤال ترجع وتحسر عيّت جواباً عجزت يقال في تعب البدن اعيا والفعل اعيى وفي كلال اللسان عيي ... تماد ... الى المدينة ماشياً فقال له مولانا عييت ام اعييت فقال بل اعييت فوضع اعييت جواباً في البيت المذكور مكان عييت خلاف المعروف والاواري جمع آري وهي محابس الخيل ومرابطها واللأي البطء اي تبتني لها ببطء فاستدل ... فسر اللأي بالشدة فهو باللازم فان البطء في التبيين لا يكون الا للتعب فيه والنؤي حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع في بعض المواضع من تفسيره بالحفيرة غلط واقصى ان يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بيراً امتلأت في لحظة وفاض انما هو ما ذكرنا ولذا قال في البيت بعده ردت عليه اقاصيه ولبده * ضرب الوليدة بالمسحاة في الثأد * يعني ردت الوليدة وهي الامة الشابة ما تبدد من تراب النؤي بسبب ... عليه بضرب المسحاة في الثأد وهي الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وصف به واراد بالمظلومة الارض التي لم تمطر والجلد الصلب فيكون النؤي والوتد اشد ثباتاً فيها وقال امرؤ القيس ادار ماوية بالحائل فالسهل فالحقين من عاقل * صم صداها وعفا رسمها * واستعجمت عن منطق السائل * يريد انها مقفرة لا انيس فيسمع صوتها ولا احد يكلم مجيبه الصدى وهو الذي يسمى ابنة الجبل وقال امرؤ القيس لمن طلل ابصرته فشجاني * كخط زبور في عسيب يماني * ديار لهند والرباب وفرتنى * ليالينا بالنعف من بدلان * يريد درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ورقته اذا كان في عسيب يمان وكان اهل اليمن يكتبون عهودهم في عسيب النخل وهذه الاشعار وما لا يحصى كثيرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التي ذكروها لم يكن فيها بناء ... بل هي عرصات منزولات انما ينصبون فيها الاخبية لا ابنية الحجر والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما الكلام فيها كونها قد نزلت فيها في عرف اهل المدن لا تقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها فاما اذا امحت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار في العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان حقيقتان يقال كانت داراً واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة ... لا يحنث ... قال في ... اذا حلف لا يدخل هذه الدار ... بعد ما صارت صحراء حنث ... انما تقع المغايرة بين المعين والمنكر في الحكم اذا تواردا ... على محل اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي ان يحنث في المنكر الا ان يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفاً فيها ينبغي ... فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفي الغائب معتبر

لانه المعرف له قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت داراً اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام

ولو جعلت مسجداً او حماماً او بستاناً او بني بيتاً فدخله لم يحنث لانها لم تبق داراً وكذا اذا غلب عليها الماء او جعلت نهراً فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد ما انهدم المبني ثانياً في الحمام وما معه لانه لا يعود اسم الدارية ببناء مشهود وكذا اذا بني داراً

وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام **قال** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث **قال** واذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

بعد ما انهدم وبنى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها بعد ما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضي تعيين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضي ايضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت فبنيت دارا اخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على عين يقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمرا او اهل الكوفة لا يحنث بكلام احدهم وان لم يكن جزءا بل المعتبر كون العرصة جزءا فالمشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى **قوله** وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لان اسم البيت وقد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذي يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها ولو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك ان ذكر السقف في الدليل من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه تعيين ان البيتوتة والبيت لا يلزم في مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وهذا المبني غير البيت الذي منع نفسه دخوله ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر او فسطاطا ان كان من اهل البادية حنث والا لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بان طفر من سطح الى سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبني مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجا في العرف الا يرى ان فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد ولا شك انه خارج فالاقرب ما قيل الدار عبارة عما احاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحظير فلو لم يكن له حظير فليس هو الا في هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة الا ان يكون عرف انه يقال انه داخل الدار والحق ان السطح لا شك انه من الدار لانه من اجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه ان يقال في العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف حتى صح ان يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحيل وهذا في عرف من ليس من اهل اللسان فطابق عرف العجم فوجب بين قول المتقدمين والمتأخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حضير وجواب المتأخرين المعبر عنهم بقوله وقيل في عرفنا يعني عرف العجم لا يحنث الا بالوقوف على السطح على ما اذا لم يكن له حضير اتجه وهذا اعتقادي **قوله** وقيل في عرفنا لا يحنث بالوقوف على السطح وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها **قوله** وكذا اذا دخل دهليزها يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو ان يكون له حوائط وهو مسقف وانت علمت ان السقف ليس لازما في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي **قوله** فان وقف في طاق الباب وهو بحيث اذا اغلق الباب يكون خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احداهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك وقد كان عليه السلام يناول رأسه عائشة رضي الله عنها لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما داخلا

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه ما تحققه

كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احدهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك رح وقد كان عم يناول رأسه عائشة لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قياس الرجلين ان لا يكون باحدهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامرأته ان خرجت الا باذني فانت طالق فقامت على اسكفة الباب وبعض قدمها بحال لو اغلق الباب كان ذلك القدر داخلا وبعضها الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل عليها لا يحنث وفي المحيط ولو ادخل احدى رجليه لا يحنث وبه اخذ الشيخان الامامان شمس الائمة الحلوائي والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فاما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره او بطنه او جنبه فتدحرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجا ولو تناول بيده شيئا من داخل لا يحنث

فروع حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرها اي محمولا لا يحنث فان ادخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح انه لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها اي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد ابو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسياتي تتمته ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد اشرع الى السكة حنث اذا كان احد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ او مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارا ورستاق كذا فاذا دخل ارضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارا على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر او بلاد مصر وهو بالشام فدخل العريش يحنث ولو كان على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينة في الفرات او دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم ههنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل بوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بني مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا اذا دخل بيتا في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة اخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف فجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث الا ان عين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها منفتح في الدار ينتفع به بان يستقوا منه حنث اذا وصل هناك وان كان لا ينتفعون بها انما هو لتشاده القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط وهو مضروب في مكان آخر فدخله حنث **قوله** لا فسطاط

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالمكث فيها اياما وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد ما خرج منها استحسانا والقياس ان يحنث بالمكث لان فصل الدوام له حكم الابتداء الدخول حتى صحت اثبات الدوام بمعنى لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى المكث والقرار فيها صح حتى لو دخل بعدها لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى وجه الاستحسان ان الدخول حقيقة لغة وعرفا الانفصال من الخارج الى الداخل ولا دوام لذلك فليس للدوام منه ولا جزء منفصل وكونه مما يصح ان يراد باللفظ مجازا لانه لازم الدخول عادة دون قل اذا كان الدخول يراد لذلك ولا يقتضي يحنث به لان اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى

فإن لبث على حاله ساعة حنث لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ألا يرى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه

الحنث لأنه لم يخلف فيه إذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الإقامة فيه لم يحنث وعلى هذا فقد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فإن القياس الكائن في مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع إلى الذهن ولا يتسارع لأحد من لفظ أدخل معنى استمر مقيما فيقضى العجب من زفر بقوله بالحنث وهذه المسألة عليها الأئمة الأربعة إلا في وجه عند الشافعي كقول زفر ونظير المسألة حلف لا يخرج وهو خارج حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسائل التي تلي قوله لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته أو نزل أو أخذ في النقلة لم يحنث خلافا لزفر فيها الأول وهو الحنث بمكث فلأن هذه الأفعال لها حكم الدوام بحدوث أمثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت فأنت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فإن مكثت ساعة أخرى كذلك طلقت أخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وإن طال مكثه لأن لفظ ركبت إذا لم يكن الحالف راكبا يراد به إنشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وإن كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الراكب لا يركب فإنه يراد به الأعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا واستوضح على أن هذه الأفعال لها دوام بتجدد أمثالها بقوله ألا يرى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فإنه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجازي الكلام دخلت عليه يوما مرادا به إما مجرد بيان الظرفية لا التقدير وإما مطلق الوقت إذ كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك أعني عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل أنه ليس فيه تجدد أمثال يصير به مكررا ليحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث إلا بابتداء الفعل إلا أن ينوي به البقاء وهذه على عكس تيك تقتضي مطلق اللفظ على الأعم من الابتداء والبقاء وأما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو أراد بقوله لا أسكن ولا أركب ولا ألبس ابتداء الفعل فقط صدق لأنه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا ولابسا وفرع بعض أهل العلم على كون هذه لها تجدد أمثال يصير بها في معنى الابتداء أنه لو حلف وهو لابس ليلبسن هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم إنما يحنث بتأخير ساعة إذا أمكنه النقل فيها فأما إذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذي سلطان أو عدم موضع ينتقل إليه أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر وأورد ما ذكر الفضلي فيمن قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد أو منع من الخروج حنث وكذا إذا قال لامرأته وهي في منزل أبيها إن لم تحضري الليلة منزلي فطالق فمنعها أبوها حنث أجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيف ما كان لأن العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لأن المعقود عليه الاختياري وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسنذكره في فروع توضيح الوجه بأتم إن شاء الله تعالى وكذا لو سعى أياما في طلب مسكن وترك الأمتعة والأهل في هذه

قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كانت اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس

هذه الايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة الطلب مستثنى اذا لم يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو اخذ في النقلة شيئا فشيئا فان كانت النقلات لا تفتر لا يحنث ولو امكنه ان يستأجر من ينقل متاعه في يوم فليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف واما الثاني فوجه قول زفر رحمه الله ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع **قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج** هو وترك متاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وهذه المسألة فرع التي قبلها لما كان بالاخذ في النقلة من ساعته يبر ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين انه لا بد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على ان لا يسكن في هذه المحلة والسكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود ابدا حنث وان خرج على عزم ان يرسل من ينقلهم لانه يعد المتأهل ساكنا بمحل سكنى اهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج منه الا ليلا او بعض الليل ايضا ويقول انا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار اهله وماله بها وبهذا القول قال احمد ومالك وعند الشافعي لا يحنث اذا خرج بنية التحويل وهذا الخلاف بيننا وبينه ينبني على ان العبرة عنده بحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافنا وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل فلا شك في انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة بخلاف الظاهر على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة ان من كان اهله بمكان ببلدة هو بها ساكن فيه حملا للعرف فمبنى اللفظ عليه وهذا اذا الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع ابيه او امرأة مع زوجها فلو حلف احدهما لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك اهله وماله وهي وجهازها لا يحنث وقيد الفقيه ابو الليث ايضا بان يكون حلفه بالعربية ولو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك اهله وماله وان كان مستقلا بسكناه ثم لقائل ان ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقي انما يقول انا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسألة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعي ان العرف على انه ساكن ما لم ينقل اهله وماله حتى انه يقال لمن خرج كذلك فلان يريد ان ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد **قوله ولو كان اليمين على المصر** ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر او هذه المدينة قلنا لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله نقله الفقيه ابو الليث عن امالي ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك اهله وماله عرفا فلا يقال لمن اهله بالبصرة وهو بنفسه قاطن في الكوفة انه ساكن بالبصرة والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ولو حلف لا يسكن هذه القرية او البلدة وهي مصرية فانتقل الى قرية اخرى وترك اهله وماله في الاولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز عمن قال هي كالحلف لا يسكن الدار فيحنث **قوله ثم قال ابو حنيفة** لا بد في كونه انتقل من الدار ونحوها كلما ذكرنا من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه حنث

ثم قال أبو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لأن السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال أبو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنسانا فحمله فأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت ولو أخرجه مكرها لم يحنث لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضاء

لأن السكنى من الحالف تثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء في المبسوط وهذا أصل لأبي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير مانعا من أن يكون خمرا وبقاء مسلم واحد آمنا في بلدة ارتد أهلها مانعا من أن تصير دار الحرب إلا أن مشايخنا قالوا هذا إذا كان الباقي يتأتى به السكنى وإلا بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبقى بها ساكنا فيها فلا يحنث وحقيقة وجه قوله أن السكنى تثبت بالكل إن أراد مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاعه نفسه إلى القرار في المكان منعناه وإلا لزم أنه لو سرق بعض تلك الأمتعة انتفت السكنى فعلم أن السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فإنها منوطة في العرف بقراره في المكان على وجه الانقطاع إليه مع ما يتأتى به رفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل فبعد نقل الكل على أن الكلام مبني على اعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك أو ترك لتفاهته وعدم الالتفات إليه تاركا لسكنى ذلك المكان وقال أبو يوسف يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر بأن يشغل عن شيء كإبرة في شق حائط أو جسر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته أي سكناه فيما انتقل إليه لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى إذ ليس من حاجتها قال المشايخ قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس في نفي الحنث عنهم ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على أن الفتوى على قول أبي يوسف ولا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الأكثر مقامه بل على العرف في أنه ساكن أو لا والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقي أن يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الأمتعة أما الأهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا قوله وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر حتى يبر بالاتفاق فلو انتقل إلى السكة أو المسجد لم يبر بالاتفاق فإنهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل العلم استدلالا بما في الزيادات كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن بمكة فلما توطن بمكة بعياله بدا له أن يرجع إلى خراسان فمر بالكوفة يصلي بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وإن بدا له في الطريق أن يرجع قبل أن يدخل إلى مكة صلى بالكوفة أربعا لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الأول ما لم يتخذ وطنا آخر وقيل لا يحنث لأنه لم يبق ساكنا وقال أبو الليث إن سلم داره بإجارة أو رد المستأجرة إلى المؤاجر لا يحنث وإن لم يتخذ دارا أخرى وإطلاق عدم الحنث أوجه لكون وطنه باقيا في حق إتمام الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافرا أن لا يقال فيه إنه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا وإذا لم يعزم له قصد مكان معين قيل الآن غير ساكن في مكان حتى ينظر أين يسكن وإذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب الخروج مقابل للدخول فناسب إعقابه به وعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الإتيان فلما ارتبطت أوردها في باب الخروج قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد أو الدار أو البيت أو غير ذلك فأمر إنسانا فحمله فأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فإنه يحنث لأن فعل الدابة مضاف إليه كذا هذا ولو أخرجه مكرها لم يحنث لأن الفعل وهو الخروج لم ينتقل إلى الحالف لعدم الأمر وهو الموجب للنقل والمراد من الإخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارها لذلك لا الإكراه المعروف وهو أن يتوعده حتى يفعل فإنه إذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الإكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره ما لو حلف

قال: ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث لأن الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لأنه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان وقيل هو كالخروج وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال. قال وإن حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته لأن البر قبل ذلك مرجو

لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكل حنث ولو أوجر في حلقه لا يحنث ولو حمل برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لأنه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح أن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الأمر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل إليه ولو قيل قصر الانتقال على الأمر محل النزاع لأن من يقول يحنث يجعل الرضا أيضا ناقلا فيندفع بفرع اتفاقي وهو ما إذا أمره أن يتلف مال غيره فغصبه لا يضمن المتلف لانتساب الإتلاف إليه لا أمره ولو أتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لأحد بين كونه مختارا أو لا. ثم إذا لم يحنث بإخراجه محمولا لإكراه أو بمحبوب بيع حلته هل تنحل اليمين قال السيد أبو شجاع تنحل وهو أرفق للناس وقال غيره من المشايخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشي وقاضي خان وذلك لأنه إنما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل إليه وإذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها في الذمة ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الإخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه أرفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح

قوله ومن حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إلى جنازة ثم ذهب إلى حاجات له أخرى لم يحنث لأن الخروج الموجود منه إلى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضي بعد ذلك ليس بخروج لأنه ليس إلا الانفصال من الباطن إلى الظاهر والمضي ليس كذلك. **قوله** ولو حلف لا يخرج إلى مكة أو دار فلان فخرج مريدا مكة أو دار فلان ثم بدا له فرجع قبل أن يصل حنث وهذا لأن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع أو لم يرجع ومقتضى هذا أن يحنث إذا رجع وإن لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا إنما يحنث إذا جاوز عمرانه على قصدها كأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضي إليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل. **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج يقصدها لم يحنث حتى يدخلها لأن الإتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا إلى فرعون والمراد الوصول إليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الإسلام قال المصنف وهو الأصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس أي يزيله فبمجرد تحقق الزوال يتحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا إلى فرعون لا يدل على أنه لازم في استعمالاته غاية الأمر أن يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين أحدهما المتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا إذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والإتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب إليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الإتيان إليه لا يشترط القصد للحنث بل إذا وصل إليه حنث قصد أو لم يقصد كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية. **قوله** فإن حلف ليأتين البصرة هذا ونحوه من الأفعال المستقبلة إذا حلف على أن يفعلها في المستقبل فإما أن يطلقها أو يوقتها بوقت مثل لأفعلن غدا أو في هذا الشهر أو يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانا أو ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لأن اليمين تبقى ما أمكن البر حيث لم تتقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى إلى أن يقع اليأس عن البر فيحكم بالحنث فلا يقع اليأس إلا في آخر جزء

ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعد ذلك بغير اذنه [illegible]

فقلنا فانه اذا قال حتى اذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا منتهيا بوجود ما هو اذن وبمرة واحدة من الاذن يتحقق ما هو اذن فيتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر فبغيره من دليل آخر ولو علم انه اريد بخلاف مقتضاه وهو قول المزني من الشافعي في قوله الا باذني انه انتهى اليمين بخرجة واحدة باذن الزوج او بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وهي وجه كقولنا وهو اختيار المزني والقفال **قوله** ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث ونقل عن بعضهم تكرار الاذن فيه ايضا مثل الا باذني وهو قول الفراء وهذا لان المعنى الا خروجا باذني لان ان والفعل في تأويل المصدر والمصدر الاخروجا اذني فلزم اضمار الباء فصار باذني والجواب انه لابد من احد الامرين اما ما ذكر من اضمار الباء او الحمل على ان الا بمعنى حتى مجازا اي حتى اذن لك وعلى الاول يكون كالاول وعلى الثاني ينعقد على اذن واحد فاذا لزم في الا ان اذن لك احد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف اولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق بمعنى ما باضمار الباء ايضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الآية والثابت وجوب تكرار الاذن اجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا ان يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يتحقق فيه دليل على المنع والفعل مع كل متكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد اجيب ايضا عن الآية الاولى بلزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فالزم بعض المشايخ ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المرأة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج ايضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية اما هنا فالنظر فيما ينعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمها الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ القاضي على المحلوف عليه لا بالعلة لو صح بها ان قال والله لا اشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب نبيذا لا يقول احد انه حنث ولزمته كفارة مع انهم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصح بها بل ستنبطت كما نقل بعض الباحثين حيث استنبط ان الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا الا مقرونا بالمشيئة سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخيرة ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة واقل ما في الباب ان يكون وجود هذا المجاز اكثر وهو من اسباب الترجيح مع كون غير مجاز الحذف اولى فيجب ان يكون في غيره لكون الحذف فيه مطردا والمستمر انما هو من اللفظ بلا زيادة تأمل وانت علمت ان حقيقة حرف الجر مع ان ومطرد ونقصان آخر انهما الى ان اذن لك فيجب ان يسلك به مسلك حتى في غيره فلا يجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال الا ان يأذن فلان او حتى يأذن او الا ان يقدم فلان او حتى يقدم وقال الرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن

ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذا اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا اذا كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عنده

في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج الا بنص صريح فيه مثل اذنت لك ان تخرجي كلما اردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود المصان عن التكرار لا لان العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا وثبوت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك الموجب اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا ان اذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك **قوله** ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور انفرد به ابو حنيفة رحمه باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي ان يحلف مطلقا وموقتة وهي ان يحلف ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر فاخرج ابو حنيفة رحمه يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظا موقتة معنى تتقيد بالحال وهو ما يكون جوابا للكلام يتعلق بالحال مثل ان يقال تعال تغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والسؤال الغداء في الحال فينصرف الحلف الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى في منزله في يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدأ لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال فالغاؤه اولى من الغاء لفظ صريح في معناه او ما يكون بناء على امر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده ان يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة ومنه من اراد ان يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا ترك ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر رحمه يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على مطلق خروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس وجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغله وفرسه فلو ركب جملا او فيلا لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لكن خصصه العرف بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلثة فيتقيد به وان كان الحالف ممن يركب الجمل ايضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو ان ينعقد على الجمل ايضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل في يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بان نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابة مكرها لا يحنث على وزان ما تقدم في اول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة او محمل او دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون وغير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا ان ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فحينئذ لا يحنث بركوبها وان نوى دابة العبد ايضا لانه لا ملك للمولى فيه عند ابي حنيفة رحمه واما انه لا يحنث بركوب دابة العبد اذا لم يكن عليه دين او كان لكنه غير مستغرق الا ان ينويه فلان الملك وان كان للمولى فيه لكنه عرضت اضافته الى العبد

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار تمرا وصار اللبن شيرازا لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يتكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي داعيا في الشرع

ولا يحنث بلبها اذا حلف لا يأكل شيئا مما لا يتأتى فيه المضغ كخلة بغيره مما يؤكل فاكله معه حنث ولو عنى بالذوق الاكل لم يصدق في القضاء ولو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فجعل يمصه ويرمي ثفله ويبلع المتصل بالمص لا يحنث لان هذا ليس اكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ثرد فيه فاكله حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فاكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية اما اذا حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خوردن فاذا قال نخورم بالفارسية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق عليه الفتوى ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فجففه ودقه ثم صب عليه الماء فشربه لا يحنث ولو اكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه فلا يحنث الا اذا اكله الا ان كان ما يلت به لا ما ينيا كان حنث قوله ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها بالتثليثة اي ما يخرج منها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم اكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في السبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا عسل الرطب فانه يحنث به كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس ما خرج مطلقا ولذا عطفت عليه في قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم وقيل لان ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى ان من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة بتبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التأويل اعني قوله لا اكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكانه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عن انتهاء نضج العنب ولانه كان متصلا بين القشر بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان الحقيقة ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصرفت اليمين الى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث بما اذا اشترى به مأكولا فرع حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة اخرى فاكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث قوله وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمرا او من هذا اللبن فصار شيرازا اي رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه فاكله لا يحنث لان الاصل ان المحلوف عليه اذا كان بصفة داعية الى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر فاذا زالت زال اليمين عنه وما لا يصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو الى اليمين بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فاكله اكل ما لم تنعقد عليه وخص اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن مأكول فلا ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه لان الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا سمنه ولا زبده بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منه منهي فلم يعتبر ما يخال داعيا الى اليمين من جهله وسوء ادبه اذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بان الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بان الهجران قد يجوز او يجب اذا كان لله بان كان يتكلم بما هو معصية او يخشى فتنته او فساد عرضه بكلامه فلا نسلم ان الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لا يحنث

ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعا عن لحم الكبش **قال** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا أو بسرا أو حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لأن الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما إذا كان اليمين على الشراء ولو كان الرطب المذنب يكون فيه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكلا للبسر والرطب وكل واحد مقصود في الأكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الأكل يحنث لأن الأكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيرا أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الأكل دون الشراء لما قلنا

إلا أنه وجد المسوغ وإذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشبيبته ونذكر ما فيه في المسئلة التي تليها **قوله** ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست داعية إلى اليمين فلا يتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشا لوجود ذاته فيه فإنا قلنا ليست داعية لأن الصغر داع إلى الأكل لا إلى عدمه فالممتنع عنه مع صغره أشد امتناعا عنه كبشا وفي هذا نظر لأن الحمل ليس محمودا في الضأن لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النحس من بين الجديين بخلافه كبشا فإن لحمه أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحالف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم أن ما يلي مثل هذا وما قبله في مسئلة لا أكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسئلة ونسيان أنها بنيت على العرف فينصرف اللفظ إلى المعتاد في الحمل والعرف في القول وأن المتكلم لو أراد معنى يصح إرادته من اللفظ لا يمنع منه ففي مسئلة الحمل لحوام المغصوب وعندهم غذاء في غاية الصلاح وما يدريك بخسته إلا أفراد عرفوا شيئا من الطب فوجب بحكم العرف إذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين إلى ذات الحمل لأنه لما كان صالحا في الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه اليهم فيلزم أن لا تعتبر الحلية قيدا وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين في حق العموم فينصرف إلى ذاته وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبي علم أنه لا يرتدع إلا بترك الكلام معه أو علم أن الكلام معه يضره في عرضه أو دينه فعقد يمينه في الأول على مدة كونه حملا وفي الثاني لا مدة صباه فإنا نقول لو أراد حالف تقييده بالحلية والصبا لم نتعد وصرفنا يمينه حيث صرفها وإنما الكلام إذا لم ينو شيئا فإنما نسلك به ما عليه العموم اختلطوا فيه أو أصابوا فعليك بهذا ستك بال فإنك تدفع به كثيرا من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس ببسر واليمين انعقد على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا أو رطبا أو حلف لا يأكل بسرا أو لا رطبا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الإرطاب من ذنبه فحنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث هكذا ذكر أهل الخلاف وأكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم وشرح الطحاوي للإسبيجابي وشروح الجامعين والإيضاح والأسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب الظن خطأ مخالفة فذكر فيها قول محمد مع أبي حنيفة وصورة المسئلة أربع اتفاقيتان وهما ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا أو لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث اتفاقا وخلافيتان وهي ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فإنه يحنث في الاثنين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف رحمه الله وجه قول أبي يوسف أن البسر المذنب لا يسمى رطبا لأن الرطب فيه مغلوب وأن الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا حنث ولذا لا يحنث بشرائهما في حلفه لا يشتري بسرا أو رطبا ووجه قولهما أن أكل ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لأن أكل كل جزء مقصود لأنه يمضغ ويبتلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فإنه تعلق بجملة المشتري عنها فيكون القليل منه تبعا للكثير ولو حلف لا يشتري رطبا واشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا

قال: ولو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث والقياس أن يحنث لأنه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث لأنه لحم حقيقة إلا أنه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام

وكذا لو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعيرة حبة حبة حنث ومن حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في الكافي وقد يقال إن هذا
التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده أما لو أكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية في الأكل وثانيا هو بناء على
انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف وإلا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال فأكله أكل بسرا في العرف فكان قول أبي يوسف
أقعد بالمبنى والله أعلم **قوله** ومن حلف لا يأكل لحما إلخ تنعقد هذه على لحم الإبل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا
وفي قديدها التي خلاف الأظهر لا يحنث وعند الفقيه أبي الليث يحنث فلو أكل لحم السمك لا يحنث والقياس أن يحنث وهو رواية
شاذة عن أبي يوسف لأنه سمي لحما في القرآن قال تعالى لتأكلوا منه لحما طريا أي من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن
استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا فرجع إلى أبي حنيفة فأخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على
الأرض هل يحنث فقال لا يحنث فقال أليس أنه قال تعالى والله جعل لكم الأرض بساطا فقال لسفيان كأنك السائل الذي سألتني
أمس فقال نعم فقال لسفيان لا يحنث في هذا ولا في الأول فرجع عن ذلك القول وظهر أن تمسك أبي حنيفة إنما هو بالعرف
لا بما ذكر ذلك في وجه الاستحسان أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم في السمك لسكونه
الماء ولذا أحل بلا ذكاة فإنه ينتقض بالألية تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها لمكان العرف وهو أنه لا يسمى لحما ولا تذهب أوهام
أهل العرف إليه عند إطلاق اسم اللحم وكذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وأيضا يمنع أن اسم اللحم باعتبار الانعقاد
من الدم بل باعتبار الالتحام والأيمان لا تبنى على الاستعمال القرآني ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا أو لا يجلس
على وتد فجلس على جبل لا يحنث مع تسميتها في القرآن دابة وأوتادا وهذا كله إذا لم ينو أما إذا نواه فأكل سمكا طريا أو مالحا حنث
قوله حلف لا يأكل لحما فأكل من مرقة لا يحنث إلا إذا كان نواه **قوله** فإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث لأنه لحم حقيقة إلا أنه حرام و
اليمين تنعقد على الحرام منعا وحلا وإن وجب في المحل أن يحنث بخلاف النذر للنص لا نذر في معصية الله تعالى ولكن
يرد عليه أن الأيمان تبنى على العرف وإنه ذهب الأئمة في أكل اللحم إلى أكل لحم الآدمي والخنزير وإن سمي العرف لحم الآدمي لحما وكذا لحم الخنزير لأن
الواجب العرف في قولنا أكل فلان لحما كما ضعفنا في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فإن المتبادر منه ركوب هذه الأنواع فيتقيد
الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابي خلافه فقال قيل المخالف إذا كان مسلما ينبغي أن لا يحنث لأن أكله ليس بمتعارف ومبنى
الأيمان على العرف قال وهو الصحيح وفي الكافي عليه الفتوى وما قيل العرف العملي لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في النكاح الفضولي
رواه على الصم هناك وأورد أن الكفارة فيها معنى العبادة فكيف يجب بفعل هو حرام محض وأجيب بأن الفعل والحرمة إنما هي أعيان في السبب
والسبب في وجوب الكفارة اليمين وإن كان متعلقا باليمين والحنث وإنما علق بها حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وإن كان السبب
هو اليمين بعده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالإباحة والحرمة إلا باليمين والنظر للحنث وهذه انصراف عن المذهب المجمع على نقوله من أن السبب
هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي والقائل المشار إليه وكان يغني عن التهالك في إثباته فيما تقدم تسليم أن اليمين سبب وكذلك
هو بعينه الكفارة الحنث لما ذكر ولا خلاف بيننا وبينهم ويجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من أن الإضافة في كفارة اليمين

وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم

الى المشروط الى المتسبب وكل هذا السبب الزاجر عن الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلنا الجبر الحرمة اسم ابيد الثابتة بالحنث معصية كان الحنث او طاعة واجبة او مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال ان يكون حراما وما يظن من انه يصح واجبا ما توهم ولا فمعنى الواجب والحرام ما تعلق به خطاب الشرع بفعله منه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الايجاد في وقت لعد فليس ذلك من محاسن الاوهام وتشدق في كفارة الاحرام تثبت والجناية اذا كان مريضا او به اذى من راسه **قوله** وكذا اذا اكل كبدا او كرشا او رية او قلبا او طحالا يعني حنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث ذكره في المحيط ايضا ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث باكل الشحم والالية لواه في اللحم بخلاف شحم الظهر حنث به بلا نية لانه تابع اللحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين **قوله** ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار فلزم كونه من نفس مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به وله ابي حنيفة انه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم في اتخاذ الوان الطعام والقلايا فيجعل قطعا ويقلى فيها ليؤكل اكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم ويحصل به قوته ولذا يحنث باكله في اليمين على ان لا يأكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على ان لا يبيع شحما والقاطع يعني قولهما ان العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاما في العرف والايمان تبتنى على العرف لا تبتنى على الاسماء الشرعية فلا يعتبر تسميتها شحما في آية الاستثناء ويقول بعض الشارحين شحم الظهر اما الالية او لحم او شحم لا قائل انه الية فتعين انه لحم لانه يذوب دون اللحم وايضا يقال ان شحم الظهر لا لحم فتعين انه شحم فيحنث بالاجماع بما ذكرنا لا يفيد الا ما تقدم وقد ليس بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون المذوب ليس لانه اختصاص اللوازم جائز كونها مساوية للمنزوم وما يكون اعم منه فتشترك الانواع المتباينة في لازم واحد فيجوز كون المذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك كذا اتفق انه يقال له لحم الظهر بل يقطع انه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر او من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بالذي في العظم قال الامام السرخسي ان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم انتهى كذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما **قوله** وقيل هذا اي الخلاف فيما اذا قال بالعربية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا حلف بالفارسية بان قال نخورم پيه اكل شحم الظهر **قوله** ولو حلف لا يأكل او لا يشتري لحما او قال شحما فاشترى الالية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم والحق انه لا يحنث في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية والا في يمين الشحم خلافا لاحمد في العرف والعادة واما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا ان يراد جميع استعمالاته **فروع** حلف لا يأكل لحما فاكل لحم خنزير او آدمي يحنث وقال ابو الليث رضي الله عنه لا يحنث مصريا كان الحالف او قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لا يتناول الاسم وفي فتاوى قاضي خان ...

وكيف يستعمل ما لا يحصل به قوته ولهذا يحنث باكل الخبز في اليمين على اكل الطعام ولا يحنث بجنسه في اليمين على بيع الشعير وقيل هذا بالعربية
فاما الشعير بالفارسية لا يقع على خبز الشعير ... ولو حلف لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما فاشترى
الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا يحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا ياكل طعاما سماه فمضغه حتى دخل جوفه من مائه ثم القاه لا يحنث
ولو فعل هذا في العنب فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب
حنث لانه اكل الاكثر ولو حلف لا ياكل شيئا من الحلو فاي شيء اكله من الحلو من الخبيص والعسل والسكر والناطف حنث ذكره في الاصل قال
الامام النسفي في شرح الشافي هذا في عرفهم اما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لا ياكل ملحا فاكل طعاما مالحا يحنث ولو
حلف لا ياكل الفلفل فاكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل يحنث لان عينه غير
ماكول فتنصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث ما لم ياكل عينه منفردا او مع خبز الا اذا كان في وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح
فبقول الفقيه يفتى وفي الخلاصة فيمن حلف لا ياكل من ملح ختنه فاخذ ماءه وعجنا وجعلها في العجين لا يحنث لانه تلاشى ولو حلف لا ياكل لبنا
فطبخ بارز فاكله ذكر النسفي لا يحنث وان رؤيت عينه لم يجعل فيه ماء وفي مجموع النوازل اذا كان ترى عينه ويجد
طعمه يحنث ولو حلف لا ياكل زعفرانا فاكل كعكا على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا ياكل هذا السمن فجعله خبيصا فاكله لا يحنث
الا اذا وجد طعمه ولم تر عينه فلا يحنث وكذا هذا التمر فجعله عصيدة فاكلها لا يحنث وفي اكل السكر لا يحنث لبعض بيده لا ياكل
لحما يشتريه فلان فاكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى ان ليس في بيته مرقة وفي بيته قليلة لا يعلمها
اذا اعلم بها او كثيرة فاسدة لا يحنث ولا ياكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث باكله كما لو سخنت
المطبوخ على طعامها ما طبخه غيره وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو اوقد غيره فوضعت
هي القدر لا يحنث انتهى وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ وبينه
والطباخ والمركب بوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على ما لا يؤكل ان لا ياكله فاشترى به ما يؤكل فاكله
حنث ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فاكله لا يحنث فعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا ياكل مما يملكه فلان
فاكل منه بعد خروجه من ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فاكله وكذا من ميراثه اذا اخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف طعام
فلان يحنث به عند المزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخ الشراء اما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره واكل منه لا يحنث
ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فاكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب فمات فورث منه فاكله حنث ولو انتقل بشراء
او هبة او وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوبا بنسجه فلان فنسجه فباعه منه فحنث حلف لا ياكل حراما فاشترى بدرهم
غصب طعاما فاكله لا يحنث لما عرف ان الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه اثم الدرهم اما لو اكل خبزا غصبه حنث ولو
اشترى بذلك الخبز لحما لا يحنث يعني اذا اكل اللحم ولو اكل لحم كلب او قرد لا يحنث عند اسد بن عمرو وقال نصير يحنث
وقال الحسن كله حرام وقال الفقيه ابو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ولو اضطر فاكل الحرام
... والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب خبزا فظلمه ان اكل منه قبل ان ياكله لم يحنث وان
اكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعتوه او المكره اذا فعلا شيئا حراما فهو ليس باكل

ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن أكل من خبزها حنث
أيضا لأنه مفهوم منه عرفا ولأبي حنيفة رحمه الله أن له حقيقة مستعملة فإنها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل
عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان وإليه الإشارة بقوله في الكتاب حنث أيضا
قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح
لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه هو المعتاد في غالب البلدان ولو
أكل من خبز القطائف لا يحنث لأنه لا يسمى خبزا مطلقا إلا إذا نواه لأنه محتمل كلامه وكذا إذا أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث لأنه
غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلد طعامهم ذلك يحنث

لهما ولو أكل من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحنث أما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لأنه عقد فاسد فإنما أكل ملك نفسه قوله
ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة يعني ولا نية له لم يحنث حتى يقضمها غير نيئة ولو قضمها نيئة لم يحنث وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها
أو سويقها وهو قول الشافعي وقالا إن أكل من خبزها حنث أيضا لأن الأكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولأبي حنيفة أن له حقيقة
مستعملة يعني يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة أي في معناه الحقيقي وهو أن يأكل عين الحنطة فإنه معنى ثابت فإن الناس
يقلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتقلى أي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد
حقيقة القضم بخصوصها وهو الأكل بأطراف الأسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الأسنان أو بعضها فإذا ثبت للفظ حقيقة
تستعمل فهو أولى عند أبي حنيفة من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما إذا حلف لا يأكل من
هذه البقرة أو الشاة فأكل لبنا أو سمنا أو زبدا أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها
إذا كان مأكولا وهما يعكسان هذا الأصل ويريان المجاز المتعارف أولى ورجح قولهما بأن المتكلم إنما يريد العرف فلو لم يكن له نية انصرف
إليه بخلاف مسألة البقرة والبيضة فإنه ليس اللفظ مجازا اشتهر فرجح على الحقيقة والذي يغلب أن التعارف والأكثرية وجودا
وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا استعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أو لا آكل حنطة فيه بل لفظة أكلت حنطة يحتمل أن يراد بأكلها
عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيرجح قول أبي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا لقال أكثرية الفعل توجب أكثرية اللفظ الذي يدل عليه
لأنا نقول لا يلزم ذلك إلا إذا لم يكن إلا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لأنه يقال أكلت خبز الحنطة ويقال أكلت الحنطة
بل الآن لا يتعارف في أكل الخبز منها إلا لفظ آخر وهو أكلت الخبز اللهم إلا أن ينوي أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو القضم فلا يحنث
بأكل الخبز اتفاقا ولو قضمها حنث عندهما كما يحنث بخبزها والقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز
من رواية الأصل أنه لا يحنث عندهما إذا قضمها كما في الذخيرة ورجح شمس الأئمة وقاضي خان رواية الجامع أنه يحنث قال المصنف وإليه
الإشارة بقوله في الخبز يحنث أيضا فإنه يفيد أنه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف
لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول زحفا لجعله مجازا في الدخول ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لأبي يوسف فيحتاج
أبو يوسف إلى الفرق بين الخبز والسويق والفرق أن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم
المجاز وهذا الخلاف إذا حلف على حنطة معينة أما لو حلف لا يأكل حنطة فينبغي أن يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الإسلام ولا يخفى أنه تحكم
والدليل المذكور المتفق على إيراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكول قوله ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق
فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف اليمين إلى ما يتخذ منه فيحنث بعصيدته وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا أو نحوه حنث
فلو استفه مثلا لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث بغيره إلا أن ينويه وإذا نواه لا يحنث بأكل الخبز قوله هو الصحيح
احتراز عن قول من قال يحنث لأنه حقيقة كالاستفاف ثم ولكن حقيقة مهجورة وقد تعين إرادة المجاز فسقط اعتبار الحقيقة [illegible]
[illegible] بها لا يحنث لانصراف يمينه إلى المتخذ فلم يتناول المحل إلا أن ينويه قوله ولو حلف لا يأكل الخبز فيمينه على ما يعتاده أهل مصره

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرق يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس في الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر

خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان ولو كان اهل بلدة لا يعتادون اكل الشعير لا يحنث به ولو اعتاد وخبز الذرة كالحجاز واليمن حنث باكله ولا يحنث باكل القطائف وينبغي ان يحنث باكل الكماج لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم الزيادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فاكله بعدما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا او لا يحنث بالعصيد والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه وعن ابي حنيفة رح في حيلة اكله ان يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الارز الا ان يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهو اسم آمل واعمالها قال السمعاني سمعت القاضي ابا بكر الانصاري ببغداد يقول انما سمي بطبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان وقال القبتي طبرستان معناه بالفارسية اخذ الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب التبر وهذا لا ينافي ما قاله السمعاني بقليل تامل قال العبد الضعيف اعزه الله وابقاه للمسلمين وقد نعت لو ان بدويا اعتاد اكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها اكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك وهو منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم قوله ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر المشويين لانه يراد به في العرف ذلك عند الاطلاق الا ان ينوي غير ذلك مما يشوى من بيض وغيره كبقول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شواء العرب وقولنا في ذلك قول احمد قوله ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم يعني بالماء حتى ان ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء مما يطبخ وكذا الفول الذي يسمى في عرفنا الفول الحار ولا يقال لمن اكله اكل طبيخا فينصرف الى خاص هو اخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا ان ينوي غيره من الباذنجان ومما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضي ان لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفي الخلاصة يحنث في الارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت او سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم ايضا ولا شك ان اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام في انه هو المتعارف الظاهر انه لا يختص به ولو اكل من مرق اللحم حنث قال المص لما فيه من اجزاء اللحم وهذا يقتضي ان من حلف لا يأكل لحما فاكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما في العرف قوله ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير في تلك البلدة ويباع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه فيهما ثم صار في البقر والغنم فرجع ابو حنيفة عن الاعتياد في حق رؤس الابل وفي زمانهما في الغنم خاصة فوجب على المفتي ان يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري رح واورد ان العادة كما هي في الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم والبقر منها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يحل اذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير واكله مع ان اليمين انعقد باعتبارهما فحنث باكل لحمهما اذا حلف لا يأكل لحما واجيب بان الاصل في جنس هذه المسائل انه يجب العمل بالحقيقة يعني اللغوية فان لم يمكن وجب اعتبار المتعارف ح واللحم يمكن فيه اكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس لا يمكن اكل

قال: ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث، وإن أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: حنث في العنب والرطب والرمان أيضا. والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد، والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواتها فيحنث بها، وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعا وأكلا فلا يحنث بهما. وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان: إن معنى التفكه موجود فيها فإنها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إن هذه الأشياء مما يتغذى بها أو يتداوى بها فأوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء، ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الأقوات.

قال: ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام، والشواء ليس بإدام، والملح إدام، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: كل

حقيقتها إذ هي مجموع العظم مع اللحم فيصير إلى المتعارف ونقض بالشراء فإنه يمكن في الرؤس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها أجيب بالمنع بل من الرؤس ما لا يمكن بيعه كرؤس الآدمي وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة أنه لا يحنث إذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة فأمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فإنه لا يمكن العمل بحقيقة عمومه إذ من الدواب النملة وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير إلى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من أن الحكم إنما يكون بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم النية أن يحكم بأن المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس الابتناء على هذا الأصل المذكور ولو كان هذا الأصل المذكور منظورا فيه لاتجاسر أحد على خلافه والله أعلم قوله ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وإن أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والإجاص والكمثرى وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا والأصل المتفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلي ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه أي في معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا في الحالين فإن خصت العادة التفكه بإحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فإنها خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث بأكله يابسا وهذا المعنى أي معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا وأما العنب والرطب والرمان فهي محل الخلاف فوجه قولهما أن معنى التفكه موجود فيها بل هي أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وأبو حنيفة يقول هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن لا يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث بها إلا أن ينويه فيحنث بالاتفاق ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الأقوات وهي التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لا يعدونها من الفواكه وأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فأفتيا به فإن قيل الاستدلال المذكور لأبي حنيفة يخالف هذا الجمع فإن مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في أنه على اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك أن ذلك لغة والتفكه بالشيء ما يتنعم به زيادة على المحتاج إليه أصالة وهذا معنى اللغة وأكل العنب وأخويه ليس كذلك وإنما قصر الكلام في الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه وخالفها في زمانهما فإن قيل وفيه دليل على ما ذكرنا آنفا من أن المعتبر اللغة إلا أن لا يمكن فيعتبر العرف فإن هذا يدل على عدم اعتبار ما ذكر فالجواب أنه غير لازم لجواز أن يجعلوا كون الاستقبال به أحيانا بالنسبة إلى بعض الناس يؤثر في نقص كونه ما يتفكه به قوله ومن حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لأنه يؤول إلى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا إلى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لأنه لا يصل إلى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل عند البناء للمفعول وإنما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلهذا يقال اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز وما

...الخبز ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض
ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج
ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف
اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح

الخبز مما لا جسم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف وقول الشافعي
واحمد والحاصل ان ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والجوز
واشباهها ليس اداما بالاجماع اي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انها على
الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل
وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكل ان تبعا للخبز يكون اداما اما البقول فليست بادام بالاتفاق لان اكلها لا يسمى
مؤتدما الا ما قد يقال في اهل الحجاز بالنسبة الى اكلهم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار ادام وفي
التمر عنده وجهان في وجه ادام لما روي انه عم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه ابو داود وفي آخر ليس
اداما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد اداما لانها لا تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وسواء
له والمراد منه الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب امرأة لو نظرت اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي
يوفق فما يؤكل غالبا تبعا للخبز موافقا له ادام والجبن واخواته كذلك ويؤيده ما روي عنه عم سيد الادام في الدنيا والآخرة
اللحم وقال سيد ادامكم اللحم رواه ابن ماجة ويقال ان ملك الروم كتب الى معاوية ان ابعث الى بشر ادام على يدي
رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت اصهاره وهو من اهل اللسان ويقول محمد اخذ الفقيه ابو الليث ولهما ان
الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو احيانا ليس اداما وهذا لان المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير
الخبز كشيء واحد وهو بان يقوم به مقام الصبغ بالثوب وهو ان ينغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة لان الخل
ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليست كذلك فليست بادام ويرد عليه انه
ان اعتبر في مسمى الادام ما يحنث يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكرنا انه كذلك وان اعتبر فيه
كونه لا يؤكل الا تبعا منعناه نعم ما لا يؤكل الا تبعا موافقا اكمل في مسمى الادام لكن الادام لا يخص اسماله كما هو
واستدل لابي حنيفة وابي يوسف ايضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز او قبله فلا يتحقق التبعية بخلاف المصطبغ واجيب
عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم كونه اداما اذ يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم واما حكاية معاوية
فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي بعيدة منها او بعيد لامام عالم ان يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم
ملتزما لمؤنته لغرض سهل لكافر والسكنى في بيت الصهر فقط لا يوجب ان يكون الساكن اشر رجل فآثار البطلان
تلوح على هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية في الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وهما مشغلان
فيه ثم وتحصل التبعية ويدفع بان التبعية في الفم بعد رفع كل على حدة تحكم اذ هما فيه الآن جسمان متلاقيان لا يكون احدهما
تبعا للآخر بخلاف ما وقع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز الا بالصبغ واما الجسمان المتلاقيان فكل منهما مقصود ...

واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا يسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء

الى الآخر في رفعه قال التمرتاشي وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا ياكل الا رغيفا فاكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد رحمه الله **قوله** واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء بفتح العين والمد من صلوة الظهر الى نصف الليل وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسم لما يؤكل في الوقتين لا الاكل فيهما فالاوجه ان يقال فالتغدي الاكل من طلوع الفجر والتعشي الاكل من الظهر الخ لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشي في الحديث اذ في الصحيحين من رواية ابي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشي وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات وهذا وتفسير التغدي بالاكل من الفجر الى آخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها السحر بعد ما يأتي الليل يروى الفقيه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور من مضي اكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا في عرفهم واما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلوة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اوله فالاكل فيه تغد وقد اطلق على السحور غداء في قوله عليه السلام لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الا مجازا للقرب من الغداة وكذا السحور لما كان لا يؤكل في السحر والسحر من الثلث الاخير سمي ما يؤكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه التسحر والتضحي الاكل في وقت الضحى ويسمى الغداء ايضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلوة الى ان تزول واصل هذه في مسائل القضاء قال السرخسي فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى ان تزول وان قال عند طلوع الشمس او حين تطلع فله من حين تطلع الى ان تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلوة عند طلوع الشمس والنهي يمتد الى ان تبيض والمساء مساءان احدهما ما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب وذكروا الجي والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلوة الى نصف النهار والصحيح ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحوة يعني الكبرى لانه حين الاصباح وهذا يعرف بتسمية اهل اللغة ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا من طلوع الفجر الى نصف النهار **قوله** ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وكذا السحور فلو اكل لقمة او لقمتين او اكثر ما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت وما تعشيت ولا تسحرت ويرد انه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم ان كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع واجيب بان العرف الطارئ يفيد انه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم او ما تعشيت البارحة وان كان اكل لقمة او لقمتين وكذا المعتبر في الغداء او جنسه ما هو حق اهل كل بلد ما يعتادونه غداء فلو كان عادتهم اكل الخبز في الغداء او اللحم او اللبن ينصرف اليه حتى ان المصري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لانه غداء اهل البادية ولو اكل غير الخبز من ارز او تمر او غيرهما حتى شبع مما هو غير معتاد التغدي به لم يحنث ايضا **قوله** ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء من الملبوس او الماكول او المشروب لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى في حق الاكل او لبس او شرب حنث

لو نوى في التعميم والتخصيص ... المذكور غير ... يكون تخصيصا ... لا عموم له ... نية التخصيص فيه

عند الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن ابي يوسف واختار الخصاف لان النية انما تصح في الملفوظ والتعيين بعض محتملاته والثوب في ان
لبست والماكول في ان اكلت او شربت غير مذكور فتخصيصها لم تصادف النية محلا فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا نصا فهو مذكور
تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا اجاب بان تقديره لضرورة اقتضاء الاكل ماكولا واللبس ملبوسا والشرب مشروبا والمقتضى لا عموم له عندنا ولان ثبوته بطريق الضرورة في تصحيح الكلام
الذي هو الاكل لا على ماكول هو كذا فلا تصح ارادته فمبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي عندنا على ان المقتضى لا عموم له وان
عموم على ما ذكروا ما لو قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا وقال عنيت شيئا دون شيء فانه يدين فيما بينه وبين
الله تعالى لا في القضاء لانه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه نكرة في سياق الشرط فتعم لما تقدم انها كالنكرة في سياق
النفي بسبب ان الشرط المثبت في اليمين الحلف يكون على نفيه لان المعنى نفي لبس ثوب كانه قال لا البس ثوبا الا انه خلاف
الظاهر فلا يقبل القاضي فان قيل حيث صح تخصيص المصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور لغة بالفعل على ما عرف في الطلاق
بان المصدر ايضا ضروري للفعل بالضرورة مندرجة بالتعميم وهذا خلاف ما تقدم في مسألة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا
لكونه الفعل فيقبل العموم حتى صحت فيه نية الثلث بل الحق على هذا انه ما ...عيل كما قلتم في قوله ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر صدق
ديانة فلا يحنث بالخروج الى غيره تخصيصا للنفس الخروج بخلاف ما لو نوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث
لا يصح لان المكان غير مذكور فكذا ينبغي تخصيص نفس الاكل وهذا قولكم فيما اذا حلف لا ساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد انه يصح
وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وان عم بسببه في سياق النفي لان الفعل في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان
عمومه ضروري وتحقق الفعل في الخارج فانه يتحقق في ضمن الخاص من حيث انه لا في الاكل الا ويتحقق ذلك المصدر هناك وليس
ثبوته الا ضرورة الا يثبت ما ...تصيد ضمنيه ولا يثبت ما يرد عليه ومعلوم ان من ضرورة ثبوت الفعل في ذلك ثبوت المصدر
العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان اكلت اكلا لان الاكل مذكور صريحا
فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لان اكلا المذكور ليس عين اكل المقتضى الفعل المقرون بالثبوت قد احتمل المذكور مقام
الاسم قبل التخصيص واما مسألة الخروج فقد ذكر القضاة الاربعة القاضي ابو الهيثم والقاضي ابو حازم والقاضي
وابو طاهر الدباس وعلوا بما روي عن محمد فيما اذا قال ان خرجت ومالكا انما سقطت من الكاتب ومن
الترمذي ما اجاب بان الخروج في نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلفت احكامهما فيقبل ارادة احد نوعيه وهو اجيب
عن مسألة المساكنة بانها متنوعة الى كاملة هي المساكنة في بيت واحد ومطلقة وهي ان يكون في دار فالنية
المساكنة في بيت الدار بعض افرادها وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يغتسل او لا ينكح ثم قال عنيت من جنابة او امرأة
امرأة لا يصدق قضاء وديانة لان الاغتسال غير متنوع لان جنابة من اسبابه والتنوع في اسبابه وكذا
... لا ينكح ... قبل ذلك كلام ... استعارا ... فعلت ...
... الاجارة او الاعارة ... الاشتراك ... الاول ...

وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه
نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

لنفسه فانه يصدق لانه احد نوعي الشراء لانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره فيصح نية احد النوعين صح
بخلاف السكنى نفسها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة
لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية
او عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص من الجنس كان الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة
الى البلاد اختلاف بالصفة وكان السر في ذلك والله اعلم ان ذكر لفظ امرأة او رجل يعين ذكر ولد لاب الى آدم فكأنه
قال كل من له اب من ولد آدم واما بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان
لا يخلو الموجود من صفة فثبوتها تقتضيه الوجود لا اللفظ والحق ان الافعال الخارجية لا تتصور ان تكون الا نوعا واحدا لا فرق
في ذلك بين الغسل ونحوه وبين الخروج ونحوه من الشراء فكما ان الشراء والغسل بسبب انه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس
الا قطع المسافة غير انه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير منقسمة الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عند
ذلك قلنا اعتبار الشرع اياها كذلك كما في الخروج المختلف الاحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره تختلف احكامه فيحكم
بتعدد النوع في ذلك ولا يخفى ان المساكنة والسكنى ليس فيها اختلاف احكام الشرع الطائفة منها بالنسبة الى طائفة اخرى
وكل في نفسه نوع لان الكل قرار في المكان ثم اعلم ان التحقيق ان المفعول في لا آكل لا ألبس ليس من باب المقتضى لان المقتضى
ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان او بعدم صحته شرعا مثل اعتق
عبدك عني وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا ثم المفعول اعني المأكول من ضرورات
وجود فعل الأكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لا بد ان يستدعي معنى زمانا ومكانا فكان لا يفرق
بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا وتناسيا وطائفة
من المشايخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف قابل العموم قلنا ان نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المتقنين
جمع بان من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا ان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وفيه
ذلك اذ هذا المحذوف ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على عرف ان الفعل
المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باب المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا يأكل
من مكان دون آخر وزمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال ان يقول لا اكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال
قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا اكلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول في حكم المذكور اذ لا يعقل
الفعل الا بتعلقه ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتكلم دون اخطاره فانما هو لازم لوجوده لا مراد للفظ فاذا يكون ارادة نوع ليس تخصيصا
من العام ولا يقبل المنع لانه لا يخرج من قصر عام على بعض متناوله ولا نقول واقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص
لاقتلوا المشركين فان النساء مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج بعض افراده كما هو في التخصيص لسائر تخصيص كل ما يسمى

قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا شرب منها بإناء يحنث لأنه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة

عليه اسم السفر فيستمر الإشكال في يمين المساكنة والخروج وقد ذكر بعض من ذكرنا والأصحاب بما ذكر في الذخيرة جوابا عن إيراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه من حيث إنه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قوله أنت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لأن الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن حيث إنه بيان نوع صحت نيته ديانة ومن حيث إنه تخصيص كان تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان في حق الملك فإذا نوى أحد الشيئين فقد نوى ما يحتمله لفظه فمن حيث إنه بيان نوع يعمل هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث إنه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله أنت بائن حيث يصدق لأنه أي أنواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لأن الاسم في الإثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي لو قلت رأيت رجالا يعم أصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رأيت رجالا **قوله** ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا أي يتناول بفمه من نفس النهر عند أبي حنيفة يعني إذا لم تكن له نية أما إذا نوى بإناء حنث به إجماعا وقالا إذا شرب منها كيف ما شرب بإناء أو بيده أو كرعا حنث لا فرق بين ذلك بين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها بإناء أو كرعا في دجلة أو نهر آخر يأخذ من دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي وأحمد ووجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو المكان مجازا إما مجاز حذف أي من ماء دجلة أو مجاز علاقته بالتعبير بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لأكثرية بالنسبة إليه ولشهرة مجرى النهر مقترين لماءه علاقة المجاورة ثم هو أشهر من أنه يراد به نفس الكرع فيصرف إليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيف ما كان بخلاف ما لو استلقى وأدخل قدميه فقط لا يحنث لأن هذا ليس دخولا واليمين انعقدت عليه وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب وأهل العرف لأن كثيرا من الرعاء وغيرهم من أهل العرف يفعلونه وروي عنه عليه السلام أنه أتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن وإلا كرعنا وإذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لأن الحقيقة ما لم تهجر كانت أولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع إجماعا إلا أنهما يقولان حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لا باعتبار إرادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا بد من بيان هذا القسم وإنما قلنا إن الكرع حقيقة اللفظ لأن من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك إنما يكون بوضع الفم عليها نفسها فإذا وضع الفم على يده أو كوز ونحوه فيه ماء كان لم يصدق حقيقة أنه وضع فمه على نفسها وأما ما في الهداية من أنها للتبعيض فإنما يصلح توجيها لقولهما لأن المعنى حينئذ لا أشرب بعض ماء دجلة إذ لو أريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لأن نفس دجلة هو الأرض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ولو أريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض وصح المراد لا أشرب بعض ماء دجلة وهو نفس قولهما فيحنث بالكرع وغيره لأنه ماء دجلة وعلى هذا فيتجه قولهما بجعل الوجه المشهور في تقدم المجاز وهو أن الكلام عند عدم قرينة إرادة المعنى الأصلي انصرف إلى المشهور وإن جعلت من للبيان بأن يقال وضع الفم على نفس دجلة لا ينفع وهو الحقيقة في تقديره كونها للابتداء فلزم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها ولا جاز أن يكون من للتبعيض فالمعنى لا أشرب بعض ماء دجلة أو للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشربه منها كرعا وغيره وأما الاستدلال له بقوله تعالى إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه إلى قوله إلا من اغترف غرفة بيده من جهة أنه تعالى أطلق الشرب

[illegible]

منه فغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال اولى اهـ لكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد انهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية وري فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا او كثيرا كما هنا فليس مني الا من شرب منه قدر كفه تحقيقا بان اغترفها والذي انتظم عليه راي اصحابنا في الدرس توجيه قول ابي حنيفة رحمه الله ان اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء ولذا توضع في السطح نفس اجزائه مقتضيا فالمراد ليس الا من على الماء الكائن فيها ومع جواز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا او مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال ان حقيقة اللفظ اعني مجموع التركيب لا تقع الفم في نفسها حال كونه في خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا في هذا المعنى فقوله اللفظ حقيقة مستعملة اي ان التركيب حقيقة وصل المعنى الحقيقي للشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص ومع جواز كون من للتبعيض المعنى لا اشرب بعض اي الماء الخاص للمكان الخاص فظاهر كان كونها للتبعيض مع حقيقة اللفظ اي التركيب حقيقة مستعملة في الشرب من النهر الا ان الكائن في المكان ثم ترجح مجازه في الموارد احتمل فيه انها يعتبر كونه من نفس النهر على مجازيها وهو دجلة في باطنها الا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه باناء ومن نهر صغير يأخذ منها بانه مجاز اقرب الى الحقيقة اسمه دجلة بعض النهر ونظير المسئلتين لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز آخر فشرب حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الحب او من ماء هذا الحب فنقل الى حب آخر ولو قال من هذا الجب او من هذا البير قال ابو سهيل الشيخ لو كان الجب والبير ملآن فيمينه على الكرع عند ابي حنيفة رحمه الله لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغي ان يقال على ما هو اعم من الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من اسفل الجب او البير اختلفوا والصحيح انه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة **فروع** لو قال لا اشرب من الفرات وشرب من نهر اخذ منه لم يحنث اجماعا اما عنده فان يمينه على الكرع واما عندهما فلان مثل الفرات في امساك الماء فيقطع النسبة فخرج من عموم المجاز اما لو قال لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر اخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فراتا يحنث بكل ماء عذب في اي موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك او من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فاكله لا يحنث فاذا ذاب فشرب يحنث قال الفقيه ابو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفي فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شربه لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان في الحل حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطها ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر او ربعه والظاهر ان هذا لا يتأتى في النيل لان الشط يغطى قبل الربيع ايضا بالستة ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالمسمى شرابا عندنا اتساعا وعرفا ما لا يشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان في العرف اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب النيلوفر وقيل لا لانه يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب

ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فإن كان فيه ماء فأريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله يعني إذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله لأن اليمين إنما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن إيجابه وله أنه أمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الأصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الأول لا يحنث عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا

بغير إذن فلان فأعطاه فلان فلم يأذن بلسانه في الخلاصة ينبغي أن يحنث وهذا دليل الرضا ليس بإذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغير جنسها كالأشربة ونحوه يعتبر بالغالب وإنما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روي عن أبي يوسف في النوادر فيما إذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه الماء فشربه يحنث إن كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وإن كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالأجزاء وإن كانا سواء حنث استحسانا وأما إذا خلطه بجنسه بأن حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى فعند أبي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لأن الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج أما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق إذا عقد يمينه على الدهن

قوله ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم وقال أبو يوسف رحمه الله حنث في ذلك كله إذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى وأصله أي أصل هذا الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما إلى وقت وجوب البر وهو قول مالك ووجه عند الشافعية وعند أبي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما وحنث عند أبي يوسف لأنه يتحقق ويحنث في آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وإنما شرطنا جهله بموته عندهما لأنه لو كان عالما به انعقدت وحنث بالاتفاق بأن اليمين انعقدت على إزالة حياة يحدثها الله فيه بخلاف ما إذا لم يكن عالما لأنه عقد يمينه على حياة القائمة على ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسألة الكوز فإنه وإن أمكن إحداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه فإن الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه إذ ذاك فلهذا لا تنعقد عندهما وكذا إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل أو ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له أو مات أحدهما قبل مضي الغد أو قضاه قبله أو أبرأه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند أبي يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد إن رأيت عمرا فلم أعلمك فعبدي حر فرآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئا أو قال هذا عمرو لا يعتق عندهما لفوات الإعلام فلم تبق اليمين وعنده تعتق لبقاء اليمين وفوات المحلوف عليه وكذا إذا حلف لا يعطيني بلا إذني فمات فلان ثم أعطاه لم يحنث خلافا له وكذا ليضربنه أو ليكلمنه وجه قولهما أن اليمين إنما تعقد للبر إلزاما ومنعا أو لإخبار بمعنى الصدق فكان محلها خبرا يكون فيه البر فإذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد إلا في محلها وإذا لم تنعقد فلا حنث ولأبي يوسف أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على مس السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حيث تنعقد مع استحالته عادة ثم يحنث في الحال قلنا لا بد من تصور الأصل لينعقد في حق الخلف لأنه فرع الأصل فينعقد أولا في حقه ثم ينتقل إلى الخلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حين كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بأن لم يذكر اليوم ففي الوجه الأول وهو ما إذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم

وابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التأقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء يصب اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة **قال** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

تصور البر وعند ابي يوسف يحنث للحال في الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فاهريق ولم يقيد **قوله** فابو يوسف فرق الخ لا شك ان هنا اربع صور صورتان في المقيدة باليوم او وقت آخر جمعة او شهر وهما ان يكون في الكوز ماء وقت الحلف وان لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما ما كان ايضا في المقيدة ولا ماء لا ينعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وينعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر ومن وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا واذا اهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم طرأ العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال بقاء آخر الوقت وعنده يتأخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز للحال الذي لا يرجى والتي فيها الماء تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما فاذا اريق حنث اتفاقا اما عند ابي يوسف فظاهر واما عندهما فلان [illegible] البر شرط في المطلقة الا للانعقاد وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق ابو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين والفرق ان التأقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في آخر جزء من الوقت وان كان التأخير لا يجب له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لان اللفظ ما اوجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقا متعينا الا في آخر جزء ومنه فلا يحنث قبله فكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا بعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة في تاخير الحنث والا كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف او المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه او طلاقها فان ذلك ان كان البر مرجوا ولا رجاء هنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا الياس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وهما ايضا يحتاجان الى الفرق ولانه لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل آخره فاذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكانه حلف اذ ذاك ليشربن في هذا الكوز اليوم وعلمت بهذا ان اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين الموقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث لقائل ان يقول اوجب البر في المطلقة في الحال لكان يجب تعيينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك انه ليس كذلك وهكذا بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في آخر جزء من الحيوة فالموقتة كذلك لانه لا يحنث الا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحيوة فلاي شيء تبطل اليمين عند آخر اجزاء الوقت في الموقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحيوة في المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فانت طالق فقال ابوها ان وهبت له صداقك فانت طالق فحيلة عدم حنثها ان يشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا ارادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية **قوله** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها يعني اذا حلف مطلقا كما هو في الكتاب اما اذا وقت اليمين فقال لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد اصلا لانه مستحيل عادة

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهمه لتغافله

فيصلح المستحيل حقيقة كما في الكوز فلا ينعقد ولهذا ان صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى صفة الحجرية والباس صفة الذهبية بناء على ان الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات او باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها باجزاء ذهبية فالتحويل في الاول ظاهر فهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق وكرامات الاولياء فكان البر متصورا فينعقد اليمين موجبة لخلفيته وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال اعادة الحيوة فيه فيثبت معه احتمال ان يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال لخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فمحط الخلاف انه الحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا متوهما والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الكلام لما فرغ من ذكر الافعال التي هي اهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعها شرع في الكلام اذ لا بد منه وقدمه لان الانسان لا بد له من ايصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرهما لتقدم الاعم على الخصوصيات قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه لقرب مكانه منه الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله اي لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته اليه مع انه غير ثابت فادير على مظنته ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سامعا سمع ولهذا لو كان اصم حنث وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه فانه قال في بعضها فناداه او ايقظه وفي بعضها فناداه وايقظه قال واختاره مشائخنا لانه اذا لم ينتبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد بحيث لا يسمع صوته فضلا من ان يميز حروفه ونحو ذلك يكون لاغيا لا مكلما منه وصار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح ان يقال كلمه اذا كان بحيث لولا الصمم سمع لا يقال مثله في الميت كذلك لولا الموت سمع لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحي لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعور له بندائه وكلامه لكن ذكر محمد في السير الكبير اذا نادى المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا انهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو امان قال السرخسي هذا يبين ان الصحيح في مسئلة الايمان الحنث وان لم يوقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بان الامان يحتاط في اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ما ذكره في باب التيمم من ان المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا علم به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد وللمشائخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة واسفل حاشية حفيرة ماء لا يعلم به لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس واضيف الى هذه مسائل تدل على جعل فيها النائم كالمستيقظ في الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او واذهبي او وقومي او اخرجي او شتمها او زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام

وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يرفعوا صوته لاتها ادا اذا المنبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

الاول فلا يكون مرادا باليمين الا ان اريد به كلاما مستانفا وهو وجه لاصحاب الشافعي وبه قال الشافعي في الاظهر واحمد وما لك يحنث وفي المنتقى لو قال فاذهبي او اذهبي لا تعلق ولو قال اذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين واما في نوادر ابن سماعة عن محمد لا اكلمك اليوم او غدا حنث لانه كلمة اليوم بقوله او غدا ولا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا اراد ان يحلف على احد الامرين لا يقال الا كذلك وعلى هذا اذا قال لآخر ان ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور ان يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها ان ابتدأتك بكلام وقالت هي له كذلك لا يحنث اذا كلمها لانه لم يبتدئ كلامها ولا تحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث الا ان لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رحمه الله تعالى يصدق قضاء ايضا اما لو قال السلام عليكم الا على واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلوة فان كان اماما قيل ان كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث وان كان عن يساره يحنث لان الاولى واقعة في الصلوة فلا يحنث بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بهما لانها في الصلوة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث فيهما وهو الصحيح والاصح ما في الشافي انه يحنث الا ان ينوي غيره وفي شرح القدوري فيما اذا كان اماما يحنث اذا نواه وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا لان سلام الامام يخرج المقتدي من الصلوة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من هذا حنث وقال ابو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كي تو حنث وبه اخذ وهو المختار ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك او لبي حنث ولو كلم الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو اراد ان يامره بشيء فقال وقدامه المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه لم يحنث قاله في الذخيرة ولو حلف لا يتكلم فناول امرأته شيئا وقال هاك حنث ولو جاء بكافر يريد الاسلام فجعل يصف الاسلام ويسمع اليه ولا يوجه اليه لم يحنث وفي المحيط لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو او فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلوة يحنث ولو كتب اليه كتابا او ارسل رسولا لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك واحمد رحمهما الله لقوله تعالى وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا الى قوله او يرسل رسولا اجيب عنه بان مبنى الايمان على العرف واعلم ان الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة ايضا فان نوى في ذلك كله اي في الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحنث الا ان يشافهه كذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا ابشره فكتب اليه حنث نحو قوله ان اخبرتني ان فلانا قدم يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة كذا في المنتقى وكذا البشارة ومثله ان كتبت الي ان فلانا قدم فكتب قبل قدومه فوصل اليه الكتاب حنث سواء وصل اليه قبل قدومه او بعده بخلاف ان كتبت الي بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع وذكر هشام عن محمد سالني هارون الرشيد عمن حلف ان لا يكتب الى فلان فامر ان يكتب اليه بايماء او اشارة هل يحنث فقلت نعم يا امير المؤمنين اذا كان مثلك قال السرخسي وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما يامر به ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند ابي يوسف رحمه الله ويحنث عند محمد لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما الا ان ينوي كلا منهما فيحنث

ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام أو من الوقوع في الأذن
وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع وقال أبو يوسف رحمه الله لا يحنث لأن الإذن هو الإطلاق وإنه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من أعمال القلب
ولا كذلك الإذن على ما مر قال وإن حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لأنه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي
يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهرا لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به
وإنه منكر فالتعيين إليه وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث وإن قرأ في غير صلاته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل
والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه كلام حقيقة ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام
إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضا لأنه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

بكلام أحدهما وعليه الفتوى وإن ذكر خلافه في بعض المواضع قوله ومن حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث لأن
الإذن مشتق من الأذان أي بالاشتقاق الكبير أو من الوقوع في الأذن وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع قال المص وقال أبو يوسف
لا يحنث وهذه رواية عنه كما ذكره الأقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم أنه لا يحنث وعن أبي يوسف يحنث ووجه هذه الرواية عنه
أن الإذن هو الإطلاق فإنه لا يتم بالإذن كالرضا فإنه لو حلف لا يكلمه إلا برضى فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث أجاب
المص بأن الرضا من عمل القلب ولا كذلك الإذن نعم هو يتضمن الرضى ظاهرا لكن معناه الإعلام بالرضا فلا يتحقق إلا بجهر والرضا إنما
لو تحقق به من أنه ذكر في التتمة والفتاوى الصغرى إذا أذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الإذن حتى إذا علم يصير مأذونا فيجاب
بأنه يدل على تبعيض مقصود للمورد لدلالته على عدم الإذن قبل العلم حيث قال حتى إذا علم صار مأذونا فعرف أنه ليس قبل العلم حكم الإذن
يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط أذن لعبده فلم يعلم به أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم بإذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه أن
الإذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه وقوله على ما مر يعني ما تقدم آنفا من قوله لأن الإذن مشتق من الأذان الخ
قوله وإن حلف لا يكلمه شهرا فهو أي ابتداء الشهر من حين حلف لأن دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف موجب ترك الكلام
من الآن ونظيره إذا أجره شهرا لأن العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد ولأنه
لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون وأما الأجل في قوله كفلت لك بنفسه إلى
شهر اختلف في أنه لبيان ابتداء المدة أو لانتهائها وعن أبي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم بإحضاره بعد الشهر والقائل بآجال
الديون قبلها لبيان ابتدائها فلا يلزم بإحضاره قبل الشهر وهو أحسن لأن الأجل في مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لأصومن
شهرا فإنه نكرة في الإثبات وإنما يوجب شهرا شائعا بنية الحالف ولا موجب لصرفه إلى الحال وأما قول المص لو لم يذكر الشهر تأبد
فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهره أنه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله
بالواو ومن الشارحين من قرره من وجهين لأن دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء إلى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله
وجه آخر وهو أنه لو أطلق تأبد لأنه نكرة في النفي يعني مصدر ذلك الفعل فإذا خرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا بالإيجاب والحق
أن ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه ينتفي بالأصل لا بدلالة على النفي ولو فرض له دلالة على نفي الزائد
عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهرا ابتداؤه من الحال فلذا أجمل المص قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا
إلا أنك علمت من تقريرنا أن لا حاجة إلى ما قدمه من لزوم التأبيد والإخراج وأما ما فرع على استقلال الإخراج ما ذكره التمرتاشي من
قوله إن تركت الصوم شهرا فكذا شهرا من حين حلف لأن ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الأبد فكان ذكر الوقت لإخراج
ما وراءه وكذا إن لم أساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا في عمره حنث وإن لم يتركه متصلا بالحلف ونحو تحميل اللفظ ما لم يحتمله
نعم إن كان في مثله عرف يصرفه إلى الوصل بالحلف وإلا فلا قوله ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلاة لا يحنث وإن قرأ في غير الصلاة
حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير إذا فعله في الصلاة لم يحنث وخارجها يحنث هذا جواب الاستحسان وفي القياس يحنث

ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره
والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف

وهو قول الشافعي رحمه الله لانه اي القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم
ان الله تعالى يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا تتكلموا في الصلوة متفق عليه واما الحديث الذي ذكره المصنف من
قوله صلى الله عليه وسلم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس فلا يستلزم نفي
الكلام مطلقا وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف المتاخر لا يسمى التسبيح والقرآن ايضا
ونحوه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه او قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشائخ انه لا يحنث ايضا بجميع ذلك خارج الصلوة واختير
للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فانت
طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لله لا اله الا الله الله
اكبر طلقت ثلاثا لانه كلام متعدد لاستقلال كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد فقد يرجح بان الكلام في مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد يصلح
واما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفي الحديث اصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة و
الايماء ونحوه **قوله** ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار فان كلمه ليلا او نهارا حنث ثم قال المصنف في وجهه لان
اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا او نهارا والكلام
لا يمتد قيل في وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد لا يتجدد والامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك حد لوم تمم
صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير مفاد الاول فليس مثلا وقيل الكلام متنوع الى خبر واستخبار وامر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق
انه ممتد فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا انه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا ممتد على ان اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة معنى كيف ما كان
فتحققت المماثلة سواء كان الملفوظ من نوع الاول اولا وبه يندفع القولان وكذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح ان يقال لطلاق
مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف اولى من اعتبار المضاف اليه كما في قولك امرك بيدك يوم يقدم
فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى
ما اضيف اليه الظرف وعدمه بل يوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلي بخلاف ما اضيف اليه لانه ليس مقصودا الا لتعيين
ما يتحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاولي واستشكل بما لو قال والله لا اكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث
لان الليل لم يدخل وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكره في التتمة وبه قال الشافعي وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار
المقصود وصلوح التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكره المصنف وجوابه ان المراد باليوم قبل النهار في المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفي عند ذكر الغد
والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا اكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعي رحمه الله وهو كقوله ثلاثة ايام وفي المسئلة الثانية
ذكر كلمة في في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في انت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلثة ايام ولو قال كل يوم تطلق واحدة فلا يتحقق
التجديد لو اريد باليوم مطلق الوقت **قوله** وان عنى النهار خاصة اي بلفظ اليوم دين اي صدق في القضاء لانه مستعمل فيه لانه حقيقة استعملت
كثيرا فيقبله القاضي وان كان فيه تخفيفا على نفسه او هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن ابي يوسف لا يدين في القضاء لانه خلاف

ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت

ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والإذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث لأنه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين

المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء قوله ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة لأنه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم وأورد عليه قول القائل شعر وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة * ليالي لاقينا جذاما وحميرا * سقيناهم كأسا سقونا بمثلها * ولكنهم كانوا على الموت أصبرا * والمراد مطلق الوقت فإن الحرب لم يكن ليلا أجاب شمس الأئمة بأن المذكور الليالي بصيغة الجمع وذكر أحد العددين ينتظم بإزائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر الليالي ينتظم النهر التي بإزائها كما أن ذكر الأيام ينتظم الليالي التي بإزائها قال تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام وفي آية أخرى ثلاث ليال فالقصة واحدة ولم يصر الكلام إلا في المفرد فإن ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالعكس ونظر فيه بعضهم بأنه يقتضي أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت في شهور الليالي وتبعها أيامها وليس بمراد فالمتعارف في مثل هذا الكلام أنه إنما يقصد الوقت أجيب بأن الأيام والليالي ليس بمراد لشيء لأن الواقع قد يكون أن الحرب بينهم ليالي بأيامها وهذا كثير الوقوع فأراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بعينه ولا حجة لذلك في خصوص المتعارف قوله ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والإذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث لأنه غاية أي أن القدوم والإذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا أن فعل الشرط المثبت في اليمين يكون للمنع منه فيكون في معنى المنفي به وبالعكس فقوله إن كلمته حتى يقدم بمعنى لا أكلمه حتى يقدم وإن وقع خلاف ذلك فامرأته طالق فإذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الإذن فتبقى اليمين ما بقي عدم الإذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وتنتهي بعد الغاية لأنها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه وإذنه أما أن حتى غاية فظاهر وأما أن إلا أن غاية فلأن به ينتهي منع الكلام فشابهت الغاية إذ كانت الغاية منتهى فأطلق عليها اسمها وشيد بقوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم أي إلى موتهم وقيل هي استثناء على حالها فيه شيء وهو أن تقدير الاستثناء فيها إنما يكون من الأوقات أو من الأحوال على معنى امرأته طالق في جميع الأوقات والأحوال إلا وقت قدوم فلان أو إذنه والأحوال قدومه أو إذنه بتقدير مضاف في المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن فإن التقدير إلا أن يأذن إلا إذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الإذن والقدوم فيقتضي أنه لو كلمه بعد القدوم أو الإذن حنث لأنه لم يخرج من أوقات وقوع الطلاق إلا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم أورد أن إلا أن شرط لا غاية لأنها شرط في قول امرأته طالق إلا أن يقدم زيد فإن المعنى إن لم يقدم زيد وأجيب بأنها إنما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله يعني فتكون فيه الشرط انتهى وهذا يؤيد ما تقدم من أن الكلام مما يمتد لا قدمه وهذا بخلاف ما ذكرناه ولما كان مظنة أن يعترض بأن الشرط وهو إلا أن يقدم مثبت والمفهوم أن القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجه شارح آخر فقال وإنما حمل على إن لم يقدم في مسألة الطلاق لا على إن قدم لأنه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم مما علق وقوعه ويتعقب أن معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمرا إلى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على لو وقوع قبله والمتحقق في ذلك أن الطلاق يقع حال عدم قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا إن لم يقدم فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر لكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل أنت طالق إن لم يقدم فلان فلا يقع الطلاق إلا أن يموت فلان قبل أن يقدم أو يأذن لأنه مطلق فتعلقه إن لم يملك فإنه طالق قال تاج الشريعة وهذا أحسن المصير إلى المجاز يعني الغاية لا يصار إلى ذلك المجاز بصفة الشرط

وإن مات فلان سقطت اليمين خلافا لأبي يوسف رحمه الله لأن الممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند
سقوط الغاية يتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم
لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان إما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في إضافة الملك بالاتفاق وفي إضافة النسبة عند محمد
يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات لأن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الإشارة
ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن
قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد أيضا
وهو قول زفر رحمه الله وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر رحمهما الله أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها في كونها معرفة لكونها قاطعة للشركة
بخلاف الإضافة فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط
منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادى لذاته فكانت الإضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم

لأن في هذا إجراء المجاز في مجرد الاستئذان وفي ذلك إجراؤه في استئذان القدوم لأنا نجعل استئذان القدوم مجازا عن اشتراط مدة القدوم
واحدا والمجاز في الجزء أولى منه في المجموع **قوله** وإن مات فلان سقطت اليمين خلافا لأبي يوسف لأن الممنوع منه كلام ينتهي المنع منه
بالإذن والقدوم ولم يبق الإذن ولا القدوم بعد موت من إليه الإذن والقدوم متصور الوجود فلم يبق البر متصور الوجود وبقاء تصوره
لبقاء اليمين المؤقتة عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد على ما مر وهذه اليمين مؤقتة بوقت الإذن والقدوم إذ بهما يتمكن من الكلام
بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البر وعند أبي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين فأي وقت كلمه فيه يحنث فإن قيل
لا نسلم عدم تصور البر بموته لأنه سبحانه قادر على إعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن فالجواب أن الحيوة المعادة غير الحيوة المحلوف
على إذنه فيها وقدومه وهي الحيوة القائمة حالة الحلف لأن تلك عرض تلاشى لا يمكن إعادتها بعينها وإن أعيدت الروح كانت
الحيوة غير الروح لأنه أمر لازم للروح فيما نرجح **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه إنما أراد من ينتسب إليه
بالعبودية أو امرأة فلان الخ اعلم أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لا يدخل
داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الإضافة تفيد كل معرفة لتعيين ما عقد اليمين على هجره
سواء كانت إضافة ملك كعبده وداره ودابته أو إضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالإضافة مطلقا تفيد النسبة فهي
أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل إضافة النسبة تقابل إضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لأنه لا تقابل بين الأعم والأخص
إلا أن يكون بمخصوص عرف اصطلاحي وهو محل الجعل المذكور للمصنف وإذا كانت هذه الإضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك إما أن
يقترن به لفظ الإشارة كقوله لا يكلم عبده هذا أو زوجته هذه أو لا فعلى تقدير عدم الإشارة الظاهر أن الداعي في اليمين كراهته
في المضاف إليه وإلا لعرفه باسمه العلم ثم أعقبه بالإضافة إن عرض اشتراك مثلا لا يكلمه راشدا عبد فلان ليزيل الاشتراك
العارض في اسم راشد أو فلانة زوجة فلان كذلك فلما اقتصر على الإضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار إليه كان الظاهر أنه
لمعنى في المضاف إليه وإن احتمل أن يهجر بعضا لذاته أيضا كالزوجة والصديق فلا يصار إليه بالاحتمال فكانت اليمين
منعقدة على هجر المضاف حال قيام الإضافة وقت الفعل وإن كان موجودا وقت اليمين ودامت الإضافة إلى وقت
الفعل أو انقطعت ثم وجدت بأن باع وطلق ثم استرد ولم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم تكن له زوجة
فاستحدث زوجة ينبغي أن يحنث في قول أبي حنيفة ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي صحت الإضافة بأن باع العبد
وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا إذا لبس الثوب أو دخل الدار
أو ركب الدابة لا يحنث لما قلنا أن اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال هنا حالته عند الأصل في قول
وأما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الإضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي إضافة النسبة على قائمة وقت اليمين على هذا
حتى لو عادى صديقا استحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروك حنث وبهذا نقل المصنف عن الزيادات
من أنها تعلق الهجر لأنفسها لا لغيرها فكانت الإضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها وقت الفعل

قال وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه

اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فالاتفاق انه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ما تقدم ايضا من ان الظاهر ان الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه واقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وان يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بما ذكرنا ان ما ذكره بالنهاية وغيرها من قول الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم يوجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر لها وقت الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك الحامل على اليمين يعني في المالك الملك لان هذه الاشياء لا تعادى لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى واجيب بان ابن سماعة ذكر في نوادره انه يحنث عند ابي حنيفة صرح بهذا ووجه الظاهر العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار فالظاهر انه ان كان منه اذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه ولا يخفى انه اعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله اصلا لهذه المسائل ليس بصالح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه او انه الاصل لصاحب المذهب ثم وروى ابن هشام اخبر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا او داره هذه او امرأته هذه او صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك واحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر فلزم اعتبارها وسقوط الآخر فاذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتباره فيتقيد بقيام النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان ممن يعادى لنفسه كما يعادى لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادى لنفسه لانه حر متعين او لا يعادى المملوك لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة اخرى لكن الواقع ان لها فائدة وهي افادة ان الحامل سوط نسبته الى المضاف اليه لغيظ منه فيعتبر كل منها لفائدته وقد رجح ابن العز قول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو اراد هجرانه لاجل سيده لم يحتج الى الاشارة فلما اشار اليه بقوله هذا علم ان مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد اظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى وما ذكر من ان لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر قد يدفع بان الاضافة تستقل بالفائدتين فانها ايضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما يفيد الآخر وجوابه ان الاشارة كما افادت التعريف يحصل بها التشخيص ايضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان او لكن [illegible]

وكذا في

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل **فصل قال** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هَلْ أَتَىٰ عَلَى الْإِنسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فيتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه

الاضافة تقييدا ان سبب هجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث في الايمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين الفقراء لفقره لم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم تكن له نية اما لو نوى ان لا يدخلها ما دامت لفلان او لا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الاول وروى شذوذا عن ابي يوسف في دار فلان هذه انه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشيء وعنه ايضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لا يستحدث فيها عادة فانها آخر ما تباع واول المشترى عادة فتقيدت اليمين باقامة في ملكه وقت الحلف اجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه ايضا ان اليمين تتقيد في الكل القائم في ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد منه من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفي قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييدا لليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم في الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفي بعض الشروح لا اتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغي ان ينعقد على الموجودة حال الحلف لا جرم ان في التفاريق عن ابي يوسف ان تزوجت بنت فلان او امته انه على الموجود والحادث **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث بالاجماع لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما لو اشار اليه اي الى صاحب الطيلسان بان قال لا اكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان ابدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور اسود لحمته وسداه صوف **قوله** ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان الحكم معلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو ولا تتقيد تشبيبه فاورد عليه انه تقدم لو حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث مع ان الصفة في الحاضر لغو فاجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعني ان الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فيتقيد به بخلاف الشبية هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري حلف لا يكلم صبيا او غلاما او شابا او كهلا فالكلام في معرفة هولاء في ثلث مواضع في اللغة والشرع والعرف اما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاما الى تسع عشرة وشابا الى اربع وثلثين ومن اربع وثلثين كهلا الى احد وخمسين ومن احد وخمسين شيخ الى آخر عمره اما الشرع فالغلام لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى وعن ابي يوسف ان من ثلاث وثلثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال الفقيه وروى قال ابو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلثين الى مائة سنة واكثر والشيخ من اربعين الى مائة وهذه روايات اخرى وانتشار والمعول عليه ما به الافتاء

فصل في يمين من حلف لا يكلم حينا او زمانا لما كان فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل **قوله** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر في النفي كلا اكلمه الحين او حينا والاثبات نحو لاصومن حينا او الحين او الزمان او زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان فان نوى مقدارا صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان اللفظ المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك فمن القليل قول نابغة الذبياني

وكذلك الدهر عندهما وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادرى ما هو وهذا الاختلاف فى المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وابو حنيفة رح توقف فى تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف فى الاستعمال

سه بيت كانى ساد رست فضيلة من الرقشى فى انيابها السم ناقع تناذرها الراقون من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع يريد ان السم تارة يخف المه وتارة يشتد واما فى الكثير فالمفسرون فى هل اتى على الانسان حين من الدهر انه اربعون سنة واما فى المتوسط فقوله تعالى تؤتى اكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة اشهر عن ابن عباس لان من حين يخرج الطلع الى ان يصير رطبا ستة اشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة اشهر ولان التيسير لا يقصد بالحلف والا لم يحلف لتحقق الامتناع عادة بلا يمين والمديد وهو اربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه فى معنى الابد فمريده خارج عن العادة اذ لم يسمع من يقول لا اكلمه اربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين وما معه تأبد فالظاهر انه لم يرد اقل ما يطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد فلا ان نحكم بالوسط فى الاستعمال وهو ما ذكرنا والشافعى يصرفه الى الاقل وهو ساعة وعرفت انه لم يقصد والا ترك ذكره وتحصيل الخلاف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا انه ثبت استعماله لستة اشهر والاربعين سنة والاقل ما يطلق عليه بل انه ثبت استعماله فى المديد والقصير والمتوسط وهو اخ الحين فى الوضع والاستعمال فى ذلك وان لم يكن مثله فى خصوص المدة فينصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم فى زمان المنكر لم يتم فى المعرف بل الظاهر فيه انه للابد كالدهر والعمر وكذا صح الاستثناء منه فلو قال لا اكلمه الزمان الا سنة صح وعهدية الستة اشهر انما ثبت فى لفظ الحين وكون الزمان مثله ان اريد فى الوضع فمسلم ولا يفيد لان القصد ان يحمل اللفظ عند عدم التعيين بخصوص مدة على المدة التى استعمل فيها وسطا وان اريد فى الاستعمال فيحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة اشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا او زمانا كان له ان يعين اى ستة اشهر شاء وتقدم الفرق

قوله وكذلك الدهر عند ابى يوسف ومحمد يعنى المنكر ينصرف الى ستة اشهر اذا لم تكن له نية فى مقدار من الزمان فان كان عمل به اتفاقا وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادرى ما هو وهذا الاختلاف فى المنكر هو الصحيح احتراز عما ذكر الشيخ ابو المعين من رواية بشر بن الوليد عن ابى يوسف انه قال لا فرق على قول ابى حنيفة بين قوله دهرا والدهر والصحيح ان المعرف بالاتفاق ينصرف الى الابد وانما توقف فى المنكر لان استعمالاته لم تثبت على الانحصار الثلاثة المديد والقصير والوسيط فلم يدر بما ذا يقدر وتقديره بالمتيقن وهو اقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت فى زائد عليه فلزم التوقف وقيل انه جاء فى الحديث ان الدهر هو الله تعالى فى قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا اكلمه الدهر احتمال ان اليمين موبدة والمعنى والله لا اكلمه والله فانك علمت ان حرف القسم يحذف وينصب الاسم ويحتمل انه اراد الظرف وبهذا يحتج قول الشاعر سه بل الدهر الا ليلة ونهارها والا طلوع الشمس ثم غيارها فالنكرة وان كانت فى الاثبات فهى للعموم اى كل طلوع وكل غروب وعرف انها تستعمل فى الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما احضرت وهذا الوجه يوجب توقفه فى المعرف ايضا لان الذى يراد به الله سبحانه هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره نفسه رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم من قال لا ادرى لما لم يدره فقد اقتدى فى الفقه بالنعمان فى الدهر والخنثى كذلك جوابه ومحل اطفال ووقت ختان والمراد بالاطفال اطفال المشركين على ما قدمنا فى الجنائز **فرع** اذا قال لا اكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد فى المنكر نحو عمرا فمرة قال فى لا اكلمه عمرا يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوى اقل او اكثر **قوله** ولو حلف لا يكلمه اياما

فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها

فهو على ثلثة ايام ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق فانه قال واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع اصح ووجهه بقوله لانه جمع اسم جمع جمع معنى المفرد لا يدري ذكر امنكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث كما يتناول اكثر منه لكن لا معنى للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة واورد ان حكاية الاتفاق في المسئلة المذكورة توجب عدم توقف ابي حنيفة في معنى الدهر لان لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشيء اذ قوله الدهور الثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه انه ما هو نعم يلزم لكل عاقل نفي ان يراد به الله سبحانه لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع او قبله والجواب في الليل مثله في اليوم

قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثني عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا امكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر اوهي للعهد ايضا فيها فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول العمر لانه لا معهود دونه اي دون العمر وحاصله انه استغراق سني العمر ووجهه وله انه جمع معرف باللام فينصرف الى اقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميز العدد وقبله فانه يقال ثلثة ايام فيكون لفظ ايام مرادا بها الثلاثة بيقين وكذا اربعة ايام وخمسة ايام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تعالى وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطا امما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع هنا وان اريد به يقينا ما زيد على العشرة لكنه لوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث ينصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود ممن استعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شائعا ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه وبخلاف ما اذا لم يقع مميز العدد ونحو تلك الايام هنا ولها بين الناس حيث اريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر ان يراد باللام ذلك لكن المقدر انه حيث امكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والغرض ان الحالف لم يرد شيئا معينا

العمر

عليه انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى الجملة لانه معهود ذكر

قالوا يجب ان ينصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر اقصى المعهود وان كان ما دونه معهودا ايضا لانه لا شك ان عدد استعماله مميزا في العشرة عهد فيما دونها والاستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذي يحكم به عند عدم العهد انما يثبت لان دخول اللام لما لم يكن عهدا ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى ينصرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهذا ايضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي اولها ثلثة واقصاها عشرة ولا معين كانت الاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ما اورد ابن العز من قوله وهذا اي كون اقصى ما يراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد وانما لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك الايام وان عدة الشهور قال وليس في قول الحالف لا اكلمه الشهور اسم العدد فلا يصح ان يقال انه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذلك الايام وانما قلنا اندفع لانك علمت ان القصد بتعيين ما عهد مرادا بلفظ الجمع على جهة الاستغراق ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شئ بعينه وكون لفظ اريد به غير ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفي ارادته في غيره واما مشاحته الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد وما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشئ في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال فليست لشئ فانه دفع كلامه هذا بقوله كانه لم يبلغ الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال العشرة وما دونها حقيقة في حالتين لما فوقها في حالة واحدة وانما قالوا هذا في بعض اسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما في رهط ونفر ولم يعلم ان الاضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع ومثل هذا في عبارات جميع اهل الفنون اكثر واشهر من ان يخفى على ناظر في العلم فحاصل كلام الخبازي ان الجمع في العشرة فما دونها اثبت منه فيما زاد عليها لان الاول يراد به في حالتين والثاني في حالة فتعين فكان الحمل على ما ثبت له في الحالتين عند عدم المعين اولى اذ ما حقيقة ما ذكرناه في سبب التقرير شرح له والله الموفق نعم لقائل ان يرجح قولهما في الايام والشهور بان عهدهما عهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعني الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض في خصوص مادة من الجموع كالايام عهدية عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود اولى وقد عهد في الايام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما اولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد في مادتها عدد آخر فينصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة والمسماة بيوم السبت ويوم الاحد الخ والكلام في لفظ ايام اذا اطلق على عهد سنة تلك الازمنة الخاصة للسبعة لا شك في عدم ثبوته في الاستعمال او لم يثبت كثرة اطلاق لفظ ايام وشهور ويراد بيوم السبت والاحد الى جمعة والمحرم وصفر الى آخرها على الخصوص بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير ... بل المراد للتكاثر فالجواب منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد في لفظ النكرة بل اعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ او لا عنه فانه اذا صار المعنى معهودا باي طريق فرض ثم اطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكري على مثل كما ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول وعلمي كما في قوله تعالى اذ هما في الغار وان في ذات الغار هي المعهود ولا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعلها طائفة من المتأخرين بالعهد الخارجي

ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

اعم مما تقدم ذكره او عهد بغيره كما ذكرنا ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا عهد مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيتقيد بها العهد بها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالله قوله ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام على اليقين على ما تقدم وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقد يقال قدم في قضاء الفوائت ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان ينظر الى الكثرة بهذا المعنى هنا ان لا يحنث الا بثمانية ايام وانما لم ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في الستة كثير وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة ان لا نية للقائل في مقدار الكثير فيخرج كل على اصله ثم قال ابو اليسر اما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف الى ايام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اگر خدمت كني مرا روزها بسيار تو آزاد او اخدم سبعة ايام يعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال ابو حنيفة في انتهاء الايام الى العشرة فهذا حسن والله اعلم **فروع** قال اول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند راس الشهر او عند الهلال او اذا اهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي فيها ويومها وان نوى الساعة التي اهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وتغليظ عليه ولو قال اول الشهر ولا نية فله من اليوم الاول الى خامس عشره وان قال آخر الشهر فمن سادس عشره الى آخره وغرة الشهر الليلة الاول واليوم الاولى في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة او سلخ الشهر فالتاسع والعشرون وان قال صلوة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس من حين تبدو الى ان تبيض وان قال وقت الضحوة فمن حين تبيض الى ان تزول فغي اي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم ان المساء ساعتان ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد رح ان كان عندهم حساب يعرفون بالشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال ابو الليث قال محمد رح ليس عندنا شيء في معرفة الصيف والشتاء انما ترجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا باجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك فيعتبر العرف في هذه المسائل وفي الواقعات المختار انه اذا كان الحالف في بلد لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخره ما يستغني الناس فيه عنهما والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء وتخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى اول الصيف والخريف من آخر الصيف الى اول الشتاء لان معرفة هذا الى الناس قيل اذا كان على الاشجار اوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها اوراق فالشتاء واذا خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج اراد وقت وقوعه فعلى ذلك فهو الشهر الذي يقال له بالفارسية آذر فان لم يكن له نية او نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر ما يطير الى الهوى وما لا يستبين على وجه الارض لو وقع الثلج في بلد غير بلده الا انه لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلدته حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تابدت اليمين ولو قال الى العيد فهو على العيد الذي يليه ولو قال ليلة القدر وان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من رمضان وعن الفقيه ابو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا وان كان حلف في اثناء الشهر لا يحنث عنده

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس والامة ام ولد له فتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فينحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

حتى يجيء مثله من رمضان القابل وعند ابي حنيفة رح حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على انها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتاخر وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتاخر لكن لا تعرف

باب اليمين في العتق والطلاق لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ما تقدم قدمه على ما بعده **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا علق به عتق امته لان بولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى انقضى به العدة ويصير نفساء اذا رأت الدم فتحرم الصلوة عليها وتصير به الامة ام ولد وفي الحديث من رواية ابي عبيد عنه عم انه قال في السقط يظل محبنطيا على باب الجنة حتى يدخل ابواه الجنة يروى بالهمز وهو العظيم البطن المنتفخ اي ينتفخ بطنه من الاستلاء من الغضب وبلا همز وهو المتغضب المستبطي للشيء والفعل منهما احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا ومن هذا يوخذ ان السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو اسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت ايضا لانه ولد حتى صار الامة به ام ولد ولو لم يستبن شيء من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه انفا لكن ليس محلا للعتق فتنحل اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت فانت طالق فابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة رح ان الشرط ليس الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الذي هو الحرية لا يكون الا في الحي فتقييد الموصوف بالشرط بالحيوة والا لغى الكلام فكانه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق للام وحريتها لانه لا يصلح مقيدا للولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به واورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره ثم عبدا لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بالعبد لنفسه واجيب بان المشترى لغيره محل الاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار الملك فيه واما الميت فلا يصح ايجاب العتق به لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من ان قوله ان دخلت فانت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو ابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت فلم يقيد بعده ولم يضمر قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فانت طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال اول عبد دخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم عبد حي يعتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح انه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال اول عبد املكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره

وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لأن الأول اسم لفرد سابق فإن اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية وإن قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لأن الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند أبي حنيفة رح حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لأن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولأبي حنيفة رح أن الموت معرف فأما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في جريان الإرث وعدمه

[illegible] المرغيناني قوله وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لأن الأول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق فإن اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية فيه ولو كان قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة فتقييد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد أن الشراء في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال أول عبد أملكه واحدا لا يعتق الثالث لأن واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لأن الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لأن كلا من الأولين كذلك فإنه أول بهذا المعنى فإنه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولا بهذا المعنى ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فيكون مؤسسة فيعتق لأنه المنفرد في تعلق الفعل بخلاف الأولين فلا يعتق بالشك وقيل لأنه يحتمل أن يكون حالا من العبد وأن يكون حالا من المالك أي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك إليه أشار شمس الأئمة وقاضي خان قوله وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لأن الآخر فرد لاحق ولا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق ولم يعتق وهذه المسألة مع التي تقدمت تحقق أن المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفي الأولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه وإلا لم يعتق المشتري في قوله أول عبد أشتريه فهو حر إذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا ثم عبدا في قوله آخر عبد أشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لأنه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال أبو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال إن كان اشتراه في الصحة وإلا عتق من الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة أو المرض وجه قولهما أن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده إلى الموت فصار كأنه قال إن لم أشتر بعدك آخر فأنت حر ولو كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه وكذا إذا كان معناه ثابتا ولأبي حنيفة رح أن الموت معرف للشرط فليس بشرط وإنما الشرط اتصافه بالآخرية فهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء إلا أن هذه الصفة بعرضية الزوال بأن يشتري بعده غيره فإذا مات ولم يشتر تبين أنه كان آخرا من وقت الشراء فتبين أنه عتق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته إن حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يمتد ثلاثة أيام فإذا استمر ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية إنما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لا يتحقق إلا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم شراء آخر بل آخر [illegible] ظهوره إلا به فلا يقع عنده مقتصرا إلا لو كان هو نفس الشرط فإذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف إذا قال آخر امرأة أتزوجها طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات يقع عندهما مقتصرا عند الموت وعنده مستندا عند تزوجها وفائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الإرث وعدمه عندهما ترث لأنه يجعل فارا حيث سكن الطلاق في آخر نفس من حياته وعليها عدة واحدة إن كان دخل بها وكذا إن لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح وأبعد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند أبي يوسف عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لأنها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول ويعتبر عدة الطلاق [illegible] بخلاف قوله إن لم أتزوج عليك فإنه إذا مات يقع الطلاق قبيل الموت بالاتفاق لأنه صرح بكون الشرط عدم التزوج [illegible] الآخر [illegible] العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط لأنه إذا لم يتم أجزاء الشرط لا يتحقق المشروط بخلاف الآخرية فإنها تتم بذلك الشراء الآخر بما ذكرنا ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم أخرى ثم طلق الأولى وتزوجها ثم مات لم تطلق هي التي تزوجها مرة لأن التي عاد عليها [illegible]

ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رح لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه

اتصفت بالاولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبد اضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم اعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا المعاد عليه

قوله ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين اي متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف واما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا وضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب اليم ولكن اذا وقع بها كره قرن بذكر ما به الوعيد كما في الآية المذكورة فلو ادعى انه في اللغة ايضا خاص بالمحبوب وما ورد في المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فانها تفيدان لذلك الخبر اثرا في البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته في الشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا ان على العرف بناء الايمان فان بشروه معا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالى فبشروه بغلام عليم فنسبها الى جماعة فحقيقته تتحقق بالاولية من فرد واكثر واصله ما روي انه عليه السلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عليه السلام من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل فليقرأه بقراءة ابن ام عبد وابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي بالبشارة فسبق ابو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول متى ذكر بشرني ابو بكر واخبرني عمر ولو كان مكان البشارة اخبارا بان قال اخبرني والباقي بحاله عتق الكل ثم ان عدي بالباء وبان قال ان اخبرتني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى انها انما يتصور لصوقها الاخبار بنفسه يعني بنفس الفرد لفظا وهو الواقع في الكذب في اشتراط الصدق بناء على ان تحقق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان اخبرني فلان ان قدم عتق كل من اخبره صدقا او كذبا وقد اورد على اشتراط الصدق في البشارة ان تغير البشرة كما يحصل بالاخبار البشارة صدقا كذلك يحصل كذبا واجيب بما ليس بفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه النية تشترط قرانها بعلة العتق وهي اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر جزء اليمين فان اليمين مجموع التركيب التعليقي واذا كان الشرط ذلك وقد عرض انه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها فهذا لان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما ينزل بقوله انت حر السابق فالعلة اما الشراء فشرط محض فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال لعبد هو حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متاخر وانما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عند اذا اشتريته فهو حر عن كفارة يميني فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم اشتراه يريد عن كفارتي واورد عليه ان الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغي ان يقع عنها لقران النية بالعلة والجواب انه لما كان قبل الشرط بعرضية ان يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلة حتى اعتبر الشرع له حكم العلة حتى اعتبرت الاهلية عنده اتفاقا ولو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر اصلا فكذا يجب ان تعتبر النية عنده قوله وان اشترى اباه ينويه عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد وهو قول ابو حنيفة رح اولا لان العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا شراء القريب لانها التي ظهرت اثرها في وجوب الصلة كالنفقة وهي المؤثرة في العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء او غيره كالهبة والارث واما ان يكون الشراء نفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا ان شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة

ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى ثم اشتريها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمين حيث يجزيه عنها اذا اشتريها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهى حرة فتسرى جارية كانت فى ملكه عتقت لان اليمين انعقدت فى حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة فى هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسريها لم تعتق بهذه اليمين خلافا لزفر فانه يقول التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا

عنه عم انه قال لن يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا للاجماع على انه لا يحتاج الى اثبات عتقه على اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك ان القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من ان المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه فالترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سهى فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينا فى قول وجه زفر وغيره وقد ثبت ان الملك ايضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمة وذلك ان فى ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة ولمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التى بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير ان الشراء علة العلة اى علة جزء العلة اى ولما كان الشراء اختياريا اضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء انه يشتريه عن كفارته صح بخلاف ما اذا ملك الاب او غيره بالارث فانه يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لان نيته متاخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له او اوصى له به او تصدق به عليه فنوى عند القبول ان يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا فى السبب بما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة واما المنافاة التى ذكرت فى قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ وقولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك وملك القريب علة العتق فلا منافاة الا باضافة الى علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء اولا وبالذات وكان الاليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة **قوله** ولو اشترى ام ولده لم يجزه عن الكفارة وان نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة ان يكون تزوج امة لغيره فاولدها بالنكاح ثم يقول لها اذا اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط وهو الشراء ولا تجزيه عن الكفارة وانما صورت بهذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء ام الولد والا فالحاصل ان عتق ام الولد عن الكفارة لا يجزى معلقا ولا منجزا والفرق بين الشرائين مع ان الشراء فى الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهو القرابة والاستيلاد ان ام الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى عتقت اعتاقا من وجه قال عم اعتقها ولدها فهى قبل الشراء قد عتقت من وجه ولم يكن عتقها بالشراء او تنجيز اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث فى اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء عتق من وجه بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى حيث يجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب **قوله** ومن قال ان تسريت جارية فهى حرة اعلم ان التسرى تفعل من السرية وهو اتخاذ السرية والسرية ان كانت من السرور لانها تسر بهذه الحالة وتسر مولاها من السر والسيارة فضم سينها على الاصل وان كانت من السر بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى على الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قال دهرى بالضم فى النسبة الى الدهر وفى النسبة الى السهل من الارض سهلى بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسرى قيل التسرى بابدال الباء الفا كتمكن والفتاح قبلها وان اعتبر التسرر قيل تسرر وكان القياس ان لا يقال الا التسرى فى المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه اصل السرية وهو السرور والسر فاستعمل برائين بابدال الياء راء وخصت لانها هى الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة لا نجده

ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذا وزان مسئلتنا

في كتاب الله تعالى الا النكاح والاستسرار والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء او الواو فوقعت طرفا بعد الف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند ابي حنيفة ومحمد ان يحصن امته ويعدها للجماع افضى اليها بمائه او عزل عنها وعند ابي يوسف ونقل عن الشافعي رحمه الله ان لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف انه لو وطئ امة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا ان مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور او ما يرجع الى الجماع او غيره ذلك لا يقتضي الانزال فيها لان الجماع والسرور كل منهما يتحقق دونه فاخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في ... تحصينها لطلب الولد ... ممنوع في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير ان تلد له اذا عرف هذا فاعلم انه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدوري في التجريد عن ابي حنيفة ومحمد رحمه الله ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا يعتق عندنا ولا عند احد من الائمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد رحمهم الله وقال زفر يعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكانه قال ان ملكت امة فتسريتها فهي حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد قلنا لو تحقق ما ذكره لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه وانه باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتحقق بعده وقد لا يتحقق فان حقيقته ليس الا الاعداد والتحصين للجماع فانما يستلزم وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد ومقارنا وهذا القدر لازم احضاره عند التكلم اه لانفصال عن حضوره ثم تقديره مرادا له ليس لازما بينا له لول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها بتعقل ما هو ملزومها في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت امة وتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط الملك غير ان الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدي حر بل لاقتضاء شرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده اما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسراة بها لاحتياجه على امر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك او سببه ولهذا اثبتنا الملك ههنا لضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة امر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه لا تطلق الآخريين البتة لو طلقها واحدة بعد ان تزوج بها لما ذكرنا من ان شرط الطلاق الواقع بالتعليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبر اللفظ وان لم يكن مدلولا التزاميا لتصحيح الجزاء فيما اذا علم ان غرض اليمين الحمل فانه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدر ابو حنيفة رحمه الله لفظا

فحصنها

حنث

ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلفت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد دخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا

في قوله ان لدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء العلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتحقيقها عليها وفيما ليس كذلك بل كثير ان الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف السري من هذا القبيل وقد سئل هنا فقيل ان زفر لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله اعتق عبدك عني بالف انه يعتق عن المامور فكيف خالف هذا وحكم باعتباره وتقديره واجيب بانه لا يلزمنا اصلاحه له فان مناقضته لا تضرنا ومنهم من اجاب بانه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسري واعترض بان الدلالة لا بد فيها من صورة اصل وفرع وعلة حتى قيل هي قياس غير انه لا يفتقر الى اهلية الاجتهاد في فهم حكم المسكوت. فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى ان وطيت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى دلالة الالتزام وان لم يرضه هذا والتحقيق انه ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطا او شرعا مثل اعتق عبدك عني وقول القائل تسريت لا ينبا عن كذبه فيحتاج في تصحيحه الى التقدير ازالة للخطا وتصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه في ان اكلت بل الحق انه في اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الخ لا الاعداد الاعم منها ومن المزني بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة قوله ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اي اضافة الملك الكامل في هؤلاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون فدخل الاماء والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم الا اللفظ فلا تعمل نية بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تعميم مملوك وهو الذكر وانما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة يعني اذا عمم مملوكه بادخال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكر كالمسلمين والواو في فعلوا على انه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم انو المدبرين ففي رواية يصدق ديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق ديانة ولا قضاء قوله ولا يعتق مكاتبوه يعني بقوله كل مملوك لي حر وكذا معتق البعض عند ابي حنيفة رح لان الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبر فاختلفت اضافة الملك اليهم فلا بد من ان ينويهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغي لو قال كل مرقوق لي حر ان يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا تعتق امهات الاولاد الا بالنية قوله ومن قال لنسوة هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاحد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة منهما والعطف يشرك في حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف في التعيين فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده

هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير ويتخير في الاوليين لما بينا ومثله لو قال لفلان على الف او لفلان وفلان كان نصف الالف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الاوليين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه او هذه يصح على هذه الثانية وح لا يلزم الطلاق في الثالثة لان الترديد بين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان كذلك والله اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

ولما كان الايمان على هذه التصرفات اكثر منها على الصلوة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل ان كل باب عقده فوقوعه اقل مما قبله واكثر مما بعده واعلم ان الاصل عندنا ان كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر يستغني الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المامور لوجوده من المامور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستاجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستناب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول ادعي لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر اصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شيء من هذه بفعل المامور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المامور كما يحنث بفعل نفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به او لا يطلق او لا يعتق بمال او بلا مال او لا يكاتب او لا يهب او لا يتصدق او لا توصي او لا يستقرض او لا يصالح عن دم العمد او لا يودع او لا يقبل الوديعة او لا يعير او لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المامور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار قوله ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد من العاقد لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن او المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين الموجرة والاجرة ولهذا لو كان العاقد بطريق الوكالة في هذه هو الحالف لا يبيع الخ يحنث في يمينه لصدق انه باع واشترى واستاجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعي في الاظهر وعند مالك واحمد يحنث لان بالامر يصير كانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق راسه فامر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما الثابت له حكم العقد الذي هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاعلى بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بان كان ممن يقدر على ذلك ويفعله وقوله الا ان ينوي ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعني فاذا نوى البيع بنفسه او وكيله يحنث ببيع الوكيل او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما باشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث ايضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه

ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الذبح والضرب ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

او مأموره ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل اخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كانّه من كان كحلفه لا يبني ولا يطين انعقد كذلك **قوله** ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث يعني اذا فعله الوكيل وهو قول مالك واحمد ووجه للشافعية واكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسب الى الآمر مجازا ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المأمور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وانتم تأبونه قلنا لم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغني عن اضافته الى موكله كانه ناقل عبارة للموكل فانتقال العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به الا ترى انه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر او حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم احكام هذه العقود نظرا الى الغرض وهو اعم مما يلزم بمباشرته او مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلعها وقال انت طالق باين حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند ابي يوسف لان الايلاء طلاق مؤجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عنينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان ولو زوجه فضولي فاجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندي لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يكون جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين او قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل او اعتق يحنث لان عبارة الوكيل بنا منقولة اليه **قوله** ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره فملكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به ثم منفعته راجعة الى الآمر على الخصوص وهو ما يحصل من ادبه وانزجاره فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المأمور وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازا اما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا او تعزيرا فملكا الامر به ولو قال عنيت ان لا الي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام شرعي يوجب اثرا شرعيا في المحل وهو الفرقة والامر بذلك مثل التكلم به لان المأمور به كالرسول حتى ان لسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي من حيث انه تكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهي الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنه اثر شرعي فالحلف على تركه حلف على ان لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى اعم من ان يتحقق بمباشرته او مباشرة المأمور فنيته احدهما خلاف الظاهر اما الذبح والضرب ففعل حسي لا يتوقف تحقق اثره على الامر لان الضرب يثبت مباشرة من الفاعل بلا اذن

ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنسانا فضربه لم يحنث في يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله إلى الآمر بخلاف الأمر بضرب العبد لأن منفعته الائتمار بأمره فيضاف الفعل إليه ومن قال لغيره إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدسّ المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوبا لك حيث يحنث إذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم لأن حرف اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي اختصاص العين به وذلك بأن يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

فنسبة الفعل إلى الآمر مجازية باعتبار تسببه فيه فإذا نوى أن لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول أسبابا شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به إلا بإذن عن ولاية فلما كان للإذن فيها أثر نقلها إلى الحالف قالوا وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لأن حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق في الفصلين وهو قول الشافعي والحق أن الفرق ثابت ولكن تأثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر فإن كون الفعل يتحقق أثره بلا إذن والقول لا يتحقق أثره الشرعي إلا بإذن لا يحرم عنه بلزوم الفرق المذكور **قوله** ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنسانا فضربه لم يحنث في يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إلى الولد المضروب وهي التأدب والتثقف أي التقوم وترك الاعوجاج في الدين والمروءة والأخلاق فلم ينسب فعل المأمور إلى الآمر وإن كان يرجع إلى الأب أيضا لكن أصل المنافع وحقيقتها إنما ترجع إلى المتصف بها فلا موجب للنقل وأما في عرفنا وعرف عامتنا فإنه يقال ضرب فلان اليوم ولده وإن لم يباشر ويقول العامي لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد أن يضربه فيعد الأب نفسه قد حقق إيعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحنث بفعل المأمور

قوله ومن قال إن بعت لك هذا الثوب الخ لا شك أنه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد على جعل المخاطب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص وأما على جعلها فيهما للتعليل أي بعته لأجلك فهي أيضا تفيد الاختصاص على ما ذكر ولكن الوجه الظاهر في الاستعمال أنه إذا وليت لام التعليل الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك بها كانت للتعليل ووجه إفادتها الاختصاص مع أنها تعنيف متعلقها لدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كان المخاطب اسم فيفيد أن المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد أنه لا يتسع إطلاق فعله إلا من جهته وذلك يكون بأمره وإذا باع بأمره كان بيعا إياه من أجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه البيع من أجله فإذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لأن ذلك لا يتصور إلا بالعلم بأمره ويلزم من هذا كونه هذا لا يكون إلا في الأفعال التي تجري فيها النيابة كالصباغة نحو إن صبغت لك ثوبا وكذا إن خطت لك وإن بنيت لك بيتا بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوبا لك حيث يحنث إذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان بإذنه أو بغير إذنه لأن المحلوف عليه يوجد مع أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لأن اللام هنا أقرب إلى الاسم الذي هو الثوب منه إلى الفعل والقرب من أسباب الترجيح فيوجب إضافتها الثوب إلى مدخولها على ما سبق مثله ما لو وليت فعلا لا يجري فيه النيابة مثل الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة فلو قال إن أكلت طعاما أو طعاما لك أو شربت لك شرابا أو شرابا لك أو ضربت لك غلاما أو غلاما لك أو دخلت لك دارا أو دارا لك فإنه يحنث بدخول دار يختص به المخاطب أي تنسب إليه وأكل طعام يملكه سواء كان بأمره أو بعلمه أو دونهما ثم ذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد لأن ضرب العبد يحتمل النيابة والدلالة فكان كالإجارة قال تع فبشرناه بغلام عليم وقال قاضي خان المراد به العبد المعروف ولأن الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام إلى ما يملك لا إلى ما لا يملك **قوله** ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والغرض أن الملك فيه قائم لأن خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع فينزل الجزاء لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا فإن كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بأن كان غصبا

وكذلك لو قال للمشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قيل وهذه تدل على ان المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك الشرعي ثبوتا من المشروع الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن ان يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بعده ولم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وعلى هذا ان المعلول عقيب العلة كما هو راي المصنف وعرف بهذا وجه تقييد المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق **قوله** وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعني للمشتري يعتق ايضا اما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا لانه غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه اما على قولهما فظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار واعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا وكذا هذا واورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول ابي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبده حر فتزوج نكاحا فاسدا مع ان كلا منهما لا يفيد الملك واجيب بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف اذا كان فاسدا فلا يحكم بانه الشرط الا اذا صح ويمكن ان يقال لا ورود لهذا السوال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليق السابق عتق من يشتريه فانه يلزم ان ينزل العتق عند الشراء اولانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح واورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عنده الخيار والحكم تعقد مه يلغو والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغو واجيب لما امكن ان يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والا جاز ان تفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشترى اياه بشرط الخيار لا يعتق الا ان بمضي المدة عند ابي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلمه بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك بالشراء اما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر تدبيرا مطلقا طلقت لان الشرط وهو عدم بيعه قد تحقق لوقوع الياس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير فصار كما لو علق طلاقها بعدم مسه فمات او مات العبد فانها تطلق لوقوع الياس واورد عليه منع وقوع الياس في العتق مطلقا بل في العبد اما في الامة فيجوز ان ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيبيعها وفي التدبير مطلقا لجواز ان يقضي القاضي ببيع المدبر فان بيان حنيفة

واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رحمه الله انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قال ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف

من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح انها تطلق اذن ما فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا يعتبر لان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك واجيب ايضا عن السدبرفان بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذميا او مسلما ويجري خلاف الشافعي فيه وينبغي قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق في

وهي مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكر عن ابي يوسف في شروح الجامع الصغير انها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكانه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة لان غرضه ارضاؤها وما لا ايحاشها ووجه ظاهر الرواية ان اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرضه ارضاؤها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما احل الله له فكان محتمل الكل من الامرين فالحكم بمعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه ان يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدئا تحرزا عن الالغاء فروع قال لي اليك حاجة اتقضيها فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي ان تطلق زوجتك ثلاثا فله ان لا يصدق لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يامره به ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان مما يدل على قصده الى ذلك عند ابي حنيفة على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو اجازه بالقول قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال عبده حر ان كان دخلها في دخلت لم يعتق عبده بقولهما لانه ما دخل حتى يشهد آخران غيرهما انهما رأياه دخل ادعت انها امرأته فحلف بطلاق زوجة اخرى له ما هي امرأته فاقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها لا يحنث حلف ماله على شيء فشهدا ان له عليه كذا فقضى بها القاضي يحنث في قول ابي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند ابي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا انه اقرضه الفا والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة او اكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه ياخذ بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة او زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احد منهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احد منهما خير في ايقاعه على ايهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فامرت زوجها ان يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج ان لا يصدقها لانها صارت متهمة حلف ان لا يجامع امرأته الف مرة فهي على الكثير قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين عنده وعندهما وقت التكلم والله اعلم

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فترجح في نفسها فيقتضي ذلك ان تقدم الا ان يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم قوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة

فتطلق

ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت بالاتصال وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا

وكذا علي المشي الى مكة او بكة بالباء فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد ان وجوب احد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار انه مدلول اللفظ والا لغا لانه لا يلزم المشي الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لتحصيله والحق ان يقال ليس باعتبار انه مدلول اللفظ لان الواقع ان مدلول المشي ليس هو الحج او العمرة بل ولا يستلزمه لجواز ان يمشي الى البيت ولا يفعل نسكا اما ابتداء معصية واما بان يقصد مكانا في الحل داخل المواقيت ليس غير فاذا وصل اليه صار حكمه حكم اهله وله بعد ذلك ان يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز ان يكون في البيت ويوجب المشي اليه مرة اخرى فيلزمه اذا خرج ان يعود كما لو كان في بيت فقال والله لادخلن هذا البيت فان عليه ان يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم لذلك مجازا باعتبار انه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز ان يقصد به مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو ان الذاهب الى هناك يكون لقصد الاحرام لما عرف من القائل الالفاظ وهي لو نذر الذهاب الى مكة كان قال علي الذهاب الى مكة او علي الذهاب الى مكة والسفر اليها او الركوب اليها او المسير او المضي انه لا يلزمه شيء مع امكان ان يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب احد النسكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال علي حجة او عمرة والا فالقياس كما ذكره المص ان لا يجب بهذا شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ولو قيل بل هي واجبة فان المكي اذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشيا اجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب ان يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلوة والمشي المذكور وكذا السعي الى الجمعة كذلك بل لا يسلك مركبا ويقدر على المشي الا انه قد يعكر عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا ان يراد من جنس المشي الى مكة وان الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب اجيب بان شرطه الصوم ومن جنسه واجب توجيها ان ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا خفاء في بعده وان وجوب الصوم في وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن في صحة وجوب المتبرع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع المشروط وان استدل بالاجماع او النص المتقدم في حديث نذر عمر الاعتكاف في الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لانهم والشافعي لا يصححون نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من جنسه واذا تعارف الايجاب صار كقوله علي زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو اراد بيت الله لبعض المساجد لم يلزمه شيء وكذا لا يلزمه بقوله علي المشي الى بيت المقدس او مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شيء واورد انه اذا كان كقوله علي حجة او عمرة ينبغي ان لا يلزمه المشي لانه لو قال علي الحج لا يلزمه والجواب ان الحق ان التقدير علي حجة او عمرة ماشيا لان المشي لم يهدر اعتباره شرعا فانه روي عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى البيت فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تركب وتهدي هديا رواه ابو داود وغيره وسنده صحيح وما في صحيح مسلم انه قال لتمش ولتركب فمحمول على انه ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني ان محل الاشتمال جواز ركوبها ولو اهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له ان يفرق ويتصدق بل ان فرق لزمه استينافه فاقتصر الراوي على ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر او محمول على حالة

ومن قال عبده حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا

الجهدفان في بعض طرقه وانما لا تطليق ذلك ثم يعرف لزوم البدنة من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلا طويلا وفروعا جمة والراجح ان يلزمه يمشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني المخالف فيما اذا لم يحرم منه بل يلزمه المشي منه او من حيث يحرم فيه من الميقات اما لو احرم من بيته لزمه المشي منه بالاتفاق واعلم ان في بعض طرق حديث عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم عملوا باطلاق الهدي في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين واخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة ان ينذر الرجل ان يحج ماشيا فمن نذر ان يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصنف رح ذكر هذا المذهب عن علي رض والمروي عن علي من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي رض في الرجل يحلف على المشي قال يمشي فان عجز ركب واهدى بدنة رواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب واهدى جزورا واخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن واما ورود البدنة في خصوص حديث اخت عقبة بن عامر فاسنده ابو يعلى في مسنده ثنا زهير حدثنا احمد بن عبد الوارث ثنا همام ثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج ماشيا فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني عن نذر اختك لتركب ولتهد بدنة فاما اذا كان الناذر بمكة واراد ان يجعل الاحد الذي لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان اراد اسقاطه بعمرة فعليه ان يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في انه يلزم المشي في ذهابه الى الحل او لا يلزمه الا بعد رجوعه عنه محرما والوجه يقتضي انه يلزمه المشي لما قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام فيحرم منه اعني المواقيت في الاصح لما قدمنا عن ابي حنيفة لو ان ببغداد يا قال ان كلمت فلانا فعلي ان احج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشي من بغداد ولو قال علي السفر الى بيت الله فقد علمت انه لا يلزمه شيء مع اخواته ومثله الشد والهرولة والسعي الى مكة وكذا علي المشي الى استار الكعبة

او باب الكعبة او ميزابها او اسطوانة البيت او الصفا والمروة والى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شيء واختلفوا فيما اذا قال لله علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رح لا يلزمه شيء وقال صاحباه يلزمه احد النسكين والوجه في ذلك ان يحمل على انه تعورف بعد ابي حنيفة رح ايجاب النسك بها فقالا به كما تعورف بالمشي الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكر لهما متضائل وهو ان الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله علي المشي الى الكعبة لزمه فكذا الزم المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عينه فيه وليس عين المشي الى الحرم عينه وهو وجه ابي حنيفة **قوله** ومن قال عبده حر ان لم احج العام وقال بعد انقضائه حججت واقام العبد شاهدين على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند ابي حنيفة وابو يوسف ولم يذكر قول ابو يوسف مع ابي حنيفة في شرح الجامع الصغير قال صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه ابو الليث في مختصر الجامع الصغير

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب
ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقديره بالمدة

وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر مشاهد وهو التضحية وكيف لا يقبل ومن ضرورته انتفاء الحج ذلك العام فيتحقق الشرط فيعتق ولهما انها قامت على النفي معنى لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعى وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم انها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد بما اجاب المصنف بقوله غاية الامر ان هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تميز بين نفي ونفي في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح تيسيرا ودفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا ونفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها واما ما في المبسوط من ان الشهادة على النفي تقبل في الشرط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه ونحن فيه من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به فقول محمد رحمه الله اوجه

قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط وهو الصوم الشرعي اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار للشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا نزل ابراهيم عليه السلام ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلوة ولذا قال فيمن حلف لا يصلي انه قام وقرأ وركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لا يدخل في الوجود تمام حقيقتها **قوله** ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم ساعة بل باتمام اليوم اما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله علي صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال علي صلوة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي ان لا يحنث في الاول الا بيوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر اثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال فقدا ورد عليه

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني

ما لو قال لآخر من هذا اليوم وكان بعد ان اكل او بعد الزوال او قال لامرأته ان لم تصلي اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع انه مقرون بذكر اليوم ولا كمال واجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلوة من الحائض لان درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة الا انها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط ادائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم اصلا فلا يتصور بوجه وما قيل ان المسئلتان انما يصلحان مبتدأتين لا موردتين لان كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي المنكرات وهي اسماء الاجناس والا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسئلتان مشكلتان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد لانه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلوة الشرعيين اما على قول ابي يوسف فظاهر انها ينعقدان ثم يحنث واعلم ان التمرتاشي ذكر انه لو حلف انه لا يصوم فهذا على الجائز لانه لتعظيم الله وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره اشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم افطر من يومه لكن مسئلة الكتاب اصح لانها نص محمد في الجامع الصغير قوله ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن افعال مختلفة فما لم يات بها لا يسمى صلوة يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لانه بعد صوم ساعة تكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلوة ركعة يعني لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المص فان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي حلف لا يصلي يقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي اي ان ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلوة الماضية يراد بها خبرها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا ان يراد بالفاسدة ان يكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلى صلوة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلوة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث ولا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا اصلي وبين لا اصلي صلوة حيث يحنث بركعة فقال في صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلوة لكن كان المفعول صلوة وذلك يحصل بالركعة الا انه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلوة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر في حكم نقض الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا ان المراد من الفاسدة هي التي لم توصف بنا في بوصف الصحة في وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك ايضا واورد ان من اركان الصلوة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب ان لا يحنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من السجدة وهذا اولى مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشائخ والوجه

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب
ولو حلف لا يصوم يوماً او صوماً فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقديره

وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر مشاهد وهو التضحية وكيف لا يقبل ومن ضرورته انتفاء الحج ذلك العام فيتحقق الشرط فيعتق ولهما انها قامت على النفي معنى لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعى وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج منفصولا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم انها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به اجاب المصنف بقوله غاية الامر ان هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تمييز بين نفي ونفي في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح تيسيراً ودفعاً للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا وينفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها واما ما في المبسوط من ان الشهادة على النفي تقبل في الشرط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه ونحن فيه من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به فقول محمد رحمه الله اوجه

قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط وهو الصوم الشرعي اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار الشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا قال ابراهيم عليه السلام ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلوة ولذا قال فيمن حلف لا يصلي انه ان قام وقرأ وركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لا يدخل في الوجود تمام حقيقتها **قوله** ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم ساعة بل باتمام اليوم اما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا ولذا قلنا لو قال لله على صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال على صلوة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي ان لا يحنث في الاول الا بيوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر اثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال فقدا ورد عليه

ولو حلف لا يصلي فقام وقرء وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني

ما لو قال لامرأته ان لم تصومي هذا اليوم وكان بعد ان اكل او بعد الزوال او قال لامرأته ان لم تصلي اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع انه مقرون بذكر اليوم ولا كمال واجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلوة من الحائض لان درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة الا انها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط ادائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم اصلا فلا يتصور بوجه وما قيل ان المسئلتان انما يصلحان مبتدأتين لا موردتين لان كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي اسماء الاجناس والا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسئلتان مشكلتان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلوة الشرعيين اما على قول ابي يوسف فظاهر انها ينعقدان ثم يحنث واعلم ان التمرتاشي ذكر انه لو حلف انه لا يصوم فهذا على الجائز لانه لتعظيم الله وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره اشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم افطر من يومه لكن مسئلة الكتاب اصح لانها نص محمد في الجامع الصغير قوله ولو حلف لا يصلي فقام وقرء وركع ثم قطع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن افعال مختلفة فما لم يأت بها لا يسمى صلوة يعني لم يوجد تمام حقيقتها وحقيقتها تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لان ما بعد صوم ساعة تكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلوة ركعة يعني لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المصنف فان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي حلف لا يصلي يقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي اي ان ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلوة الماضية يراد بها الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة الكلم الا ان يراد بالفاسدة ان يكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلى صلوة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلوة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث ولا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين الاصل وبين الا اصلي صلوة حيث يحنث بركعة فقال في صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلوة لكن في المفعول صلوة وذلك يحصل بالركعة الا انه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلوة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر في حكم تقبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هنا ان المراد من الفاسدة هي التي لم توصف بها قط بوصف الصحة في وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك ايضا واوردوا ان من اركان الصلوة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب ان لا يحنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من السجدة وهذا اولى مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشائخ والحق انه

ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها

يتفرع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في ذلك ومرت المسئلة في سجود السهو والاوجه ان لا يتوقف تمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق ان الاركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وانما وجبت للختم فلا يعتبر ركنا في حق الحنث **قوله** ولو حلف لا يصلي صلوة لم يحنث ما لم يصل ركعتين لانها الصلوة المعتبرة شرعا صلوة ركعتين للنهي عن البتيراء نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه ما في المسئلة الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف فقال بعض المتاخرين تبين بهذه ان المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فان المذكور عن ابي يوسف حلف لا يصلي ركعة وصلى الركعة حقيقة دون مجرد الصلوة لا يتحقق الا بضم اخرى اليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تانيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلوة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلوة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلوة الصبح او ركعتي الفجر ينبغي ان لا يحنث حتى يقعد **فرع** حلف لا يؤم احدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت ان لا أؤم احدا صدق ديانة لا قضاء الا ان اشهد اني انما اصلي لنفسي وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى ان يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط الجماعة وقد وجدت وحنث قضاء لا ديانة وينبغي اذا ام في صلوة الجنازة ان يكون كالاول ان اشهد صدق فيهما والا ففي الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلوة يريد في جماعة صحت نيته لانها ناقصة والمطلق ينصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية في هذا بخلاف ما اذا صلى الظهر في السفر ثم قاله يعني ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفي ما اخرت صلوة عن وقتها وقد نام اختلفوا بناء على ان وقت التذكير وقتها بالحديث فيصح او لا بل يعرف الوقت الاصلي

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك قدمه على الضرب والقتل لان اللبس اكثر وقوعا منه لا يفيد خصوص الملبوس او لان شرعيته اوسع من شرعية الضرب والقتل والحلي بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام كثدي وثدي **قوله** ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك اي ثوبا من غزلك اي مغزولك فهو هدي فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدي اتفاقا ولو لم يكن في ملكه قطن او كتان او كان فلم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه ففي مسئلة الكتاب فعند ابي حنيفة هو هدي فقالا ليس ان يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف اي وقت الحلف ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة شرفها الله لانه اسم لما يهدى اليها فان كان نذر هدي شاة او بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه وبقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها وجه قولهما ان النذر انما ينعقد فيما هو في الملك قال صلى الله عليه وسلم

لهما ان النذر انما يصح فى الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا

لا نذر فيما لا يملك ابن آدم او مضافا الى سبب الملك مثل ان اشتريت كذا فهو هدى او فعلى ان اتصدق به ولم يوجد ذلك فان الشرط المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذى هو غزل المرأة سبب لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر فى المشترى من القطن اذا غزل وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج لان العادة ان يشترى القطن فى البيت وهى تغزله فيكون المغزول مملوكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالتعليق بغزلها هو تعليق بسبب ملكه للثوب كانه قال ان لبست ثوبا املكه بسبب غزلك قطنه فهو هدى لا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان فى الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له ح لا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك او فى حال الحلف ثم استوضح على ان غزلها سبب عادى لملكه المغزول بقوله ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر بالاتفاق مع ان القطن غير مذكور وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك فى المغزول لان معنى سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنده وكون الغزل فى العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج فى المغزول وبهذا فارق مسئلة التسرى حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسرى ليس اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسرى اثرا له بل هو متقدم عليه لهذا بطل قول من رجح قول زفر فى مسئلة التسرى هذا والواجب فى ديارنا ان يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها او قطنها فليس الغزل سببا للملك للمغزول عادة فلا يستقيم جواب ابى حنيفة رح فروع تتعلق باللبس حلف لا يلبس غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يديه فى الكمين رجلاه بعد فى اللحاف حنث حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ومن حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث ولو اتزر او ارتدى حنث سوى القميص وغيره بخلاف ما البس قميصا لا يحنث اذا اتزر به او ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به او تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فاتزر به او تعمم حنث ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء او قباء غير معين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفى هذا القباء يحنث لان فى المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفى المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس و قال الصدر الشهيد واختار الامام الوالد الحنث فى المنكر ايضا لانه يلبس ايضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص هو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفى تحق فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن ليس اللبس المعتاد بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس من الثوب فالقى عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ملبس لا لابس فهو كما تقدم فى احلف لا يدخل فحمل وادخل فلو انتبه فالقاه كما انتبه لا يحنث وان تركه بحيث علم انه الثوب المحلوف عليه او لا وكذا لو القى عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل او خفا فادخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالرقع والزر والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث اما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه قطعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه صلة من تكة او حزيص او علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس خيطا منه او فيه سلك منها يحنث ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند ابى يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلامه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان لا يعمل بيده لا يحنث والا حنث لا يلبس حريرا او ابريسما لا يحنث الا بثوب كله او لحمته منه لا ما سداه او علمه منه الا ان ينويه لا يلبس من القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه

ن الحالة

ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فيقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا وان حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

فلو حشي به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا الا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب ولا يلبس عين الغزل لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة او خفين او جوربين او ارسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان ينوي كسوته بيده ولو اعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث لنا انه ليس بحلي عرفا ولا شرعا بدليل انه ابيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وانما ابيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف التي هي مبنى الايمان قال المشائخ هذا اذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النساء بان كان له فص فان كان حنث لانه لبس النساء وانما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا او خلخالا او قلادة او قرطا او دملوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وان كان زينة ولو كان الخاتم من ذهب حنث مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا **قوله** ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد او زمرد او ياقوت ولقولهما قالت الائمة الثلاثة وجه قولهما انه حلي حقيقة فانه يتزين به وسمي به في القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان وله انه لا يتحلى به في العادة وهو المراد بقوله عرفا الا مرصعا بذهب او فضة ومبنى الايمان على العرف لا على استعمال القرآن فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشائخ قياس قوله انه لا بأس ان يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفي عرفنا تخلو بالساذج ويفتى بقولهما لان العرف القائم انه يتحلى بها ساذجا كما يتحلى بها مرصعا **قوله** ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش معين فانه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فقام عليه لا يحنث ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه وفوقه قرام حنث لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملاءة اي الملاءة المجعولة خوف الطراحة واذا كان تبعا له لم يتغير كونه نائما على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقها فراشا آخر فانه لا يحنث اذا نام على الاعلى لانه مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروي عن ابي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر احدهما تبعا للآخر وحاصله ان كون الشيء ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا فيه في الفراشين بل كل اصل بنفسه وتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يباشره الا الاعلى **قوله** ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض عرفا فاعتبر العرف كلام البساط والارض والحصير اصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل الجالس على احدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذيله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان على الارض فيحنث فسره انه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كانه جلس بنفسه على الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية ولو حلف لا ي[illegible] سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير او فراش حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه الحيوة في قول العامة

على السرير في العادة وكذلك هي على ما يفرش فيقال جلس الامير على السرير ولا شك ان فوقه من انواع الفرش [illegible]
لانه اي الآخر انما على مثل الاول الاسفل فلم يجعل تابعا له [illegible] على تلك الرواية [illegible]
فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على [illegible]
وهكذا الحكم في [illegible] وهذا السطح [illegible] اذا حلف لا يجلس على احدهما فجلس [illegible]
اذا حلف لا يجلس على احدهما القطعة التي على الاسفل لم يحنث [illegible]
وهي على ذلك سطح آخر فصلى عليه لا يكره قال الشيخ ابو المعين [illegible]
عليها بنعل او خف حنث وان حلف من ليس له لم يحنث وان مشى عليها [illegible] من الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك من الغسل والكسوة **قوله** ومن قال [illegible] حتى لو ما [illegible] فضربه لا يحنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن او استعمال آلة التاديب في محل قابل [illegible] والايلام [illegible] لا يتحقق في الميت لانه لا يحس ولهذا كان الحق ان الميت المعذب في قبره توضع فيه الحيوة بقدر ما يحس الالم والبنية ليست بشرط عند اهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحيوة في تلك الاجزاء التي لا ياخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه انما كان بناء على انكار عذاب القبر لكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد اورد على اخذ الايلام في تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه واجيب اولا بمنع عدم الالم في ضرب ايوب عليه السلام بالكلية وقد روي عن ابن عباس انه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بايوب ورفع بانه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحيلة فلم يعتبره وفي الكشاف هذه الرخصة باقية والحق بان البر بضرب الضغث بلا الم اصلا خصوصية لزوجة ايوب عليه السلام ولا ينافي ذلك بقاء شرعية الحيلة في الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربن مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة لا يحنث لكن بشرط ان يصيبه كل سوط منها وذلك اما ان يكون باطرافها قائمة او باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه اما عدمه بالكلية فلا ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة بر او ضربه مائة سوط وخففت بحيث لم يتالم به لا يبر لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه ولا يبر الا بان يتالم حتى ان من المشايخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها كون كل عود بحال لو ضرب منفردا به لاوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشايخ [illegible] **فروع** لاضربنك حتى اقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى اتركك لا حي ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول [illegible] على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى ينشق نصفين فهو على ان تضرب به الارض [illegible] فقط وخلاف هذا ليس بصحيح حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث ليضربنه بنصل هذا السكين او بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه لم يحنث ولو قال ان لقيتك فلم اضربك فعبدي حر فرآه على سطح [illegible] بحيث لا يتصل اليه ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل او اكثر ولم يلقه حلف لا يضرب امراته فمد شعرها

يكون لك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوى به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدى حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك فى الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث فى حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا

امرأته فصبى فاصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث لا اعذبه فحبسه لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق **قوله** وكذا الكسوة اذا حلف ليكسونه فالقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك فى مفهومها وكذا لو قال كسوتك هذا كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس اهلا للتمليك ليصح التمليك اليه وقال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغى ان لا يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك الا ان ينوى به الستر استثناء من قوله فهو على الحياة التى تضمنه التشبيه فى قوله وكذلك الكسوة وح يحنث لان الستر يتحقق فى حق الميت الا فى الحج . . . نت يمينه على حالتى الموت والحيوة وبعضهم هو والكسوة على تاويل قوله كسوتك وقيل على تاويل الاكساء ولا وجود له فى اللغة **قوله** قال وكذلك الكلام يعنى اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحيوة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه لا يسمع ولا يفهم واورد انه عم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر اتكلم الموتى يا رسول الله فقال عم والذى نفسى بيده ما انتم باسمع من هؤلاء او منهم واجيب بانه غير ثابت يعنى من جهة المعنى والا فهو فى الصحيح وذلك بسبب ان عائشة ردته بقوله تعالى وما انت بمسمع من فى القبور فانك لا تسمع الموتى وبانه انما قال على وجه الموعظة للاحياء لا لافهام الموتى كما روى عن على رض انه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين اما نساؤكم فنكحت واما اموالكم فقسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا وما خبرنا عندكم وبانه مخصوص بأولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقى انه روى عنه عم ان الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا ولينظر فى كتاب الجنائز من هذا الشرح قال والدخول يعنى اذا حلف لا يدخل على فلان يتقيد بالحيوة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته او خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليس حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال عم كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها فلم يقل عن زيارة الموتى قال ولو قال ان غسلتك فعبده حر انعقد على الحيوة والموت لان الغسل الاسالة والمعنى المراد به التطهير وازالة الوسخ والكل يتحقق فى حالة الموت كالحيوة وفى شرح الطحاوى الا الاصل ان كل فعل يلذ ويولم ويغم ويسر يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه انتهى ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله عم عثمان بن مظعون بعد ما ادرج فى الكفن محمول على ما ضرب من الشفقة او التعظيم وقيل اذا انعقد على تقبيل ملتح يحنث او على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغسل او لا يتوضأ او لا يحمله او لا يمسه او لا يلبسه فهو على الحيوة والموت **قوله** ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث وكذا لو رماها او قرصها وعن بعض المشائخ ينبغى ان لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا واجيب بما علل به فى الكتاب وهو ان الضرب اسم لفعل مولم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفى المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث واستشكل يمين الضرب بانها اما ان تعلق بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع الة التاديب فى محل قابل له فيجب ان لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض لانه لا يتعارف ضربا او بمعناه وهو الايلام فيجب ان يحنث بالرمى بالحجر او بهما فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد وقد اجيب عنه بان شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا او عرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه وان وجد شرط الحنث عرفا لكنه لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده ان لا يبيع بعشرة او باقل بل باكثر فباعه بالاكثر لا يحنث ايضا لانه وان وجد شرط الحنث لفظا لانه باعه بعشرة فقد باعه بعشرة ايضا لكن

ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم

لم يوجد عرفا فلا يحنث غير واقع بالتقبيل تامل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغضب اما اذا فعل في الممازحة ولا يحنث فلو اوجعها لكن لا على قصد الايلام بل وقع خطأ في الممازحة باليد وعن الفقيه ابي الليث انه قال هذا اذا كانت بالعربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق ان هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية ايضا الا انه خلاف المذهب

قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحيوة بسبب عادي مخصوص لزم انه عقد يمينه على ازالة حيوة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر عادة وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحيوة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حيوة قائمة فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف السابق بين ابي يوسف وبينهما فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند ابي حنيفة ومحمد رح لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد

قوله وليس في تلك المسئلة اي مسئلة الكوز تفصيل بين العلم وعدمه بل الحكم انه لا يحنث عندهما سواء علم ان فيه ماء وقت الحلف او لم يعلم

قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم اشرب الماء الذي في الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن ابي حنيفة رواية اخرى لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر ووجهه انه لو كان يعلم ان لا ماء في الكوز فحلف ينبغي ان تنعقد يمينه عندهما على ما يخلقه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر يوجب حنثه بخلاف ما اذا لم يعلم ان في الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ما في الكوز ولو اوجده الله لكان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه سبحانه الله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في تقاضي الدراهم التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسئلة وخص الدراهم بالذكر لانها اكثر دورا في المعاملات **قوله** ومن حلف ليقضين دينه الى قريب او عاجلا فهو ما دون الشهر فان آخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد او آجلا فهو على اكثر من شهر وعلى الشهر ايضا ولكنه قصد الطباق بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة او اكثر بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكره وقال الشافعي واحمد ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضافي فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيدة بالنسبة الى ما دونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل ان يقضيه وقلنا نعم اوجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا سنة او اكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه صباحا او عند الهلال ونحوها

قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها اي بعض الدراهم زيوفا وهي المغشوشة غشا قليلا يتجوز بها التجار وانما يردها بيت المال او نبهرجة وغشها اكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصي ويقبل السهل منهم او مستحقة لم يحنث بذلك سواء ردها في ذلك اليوم او لا لان الزيوف عيب وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكورة في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء والعيب لا يعدم الجنس اي جنس الدراهم ولهذا اي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم

وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

لو تجوز بها في الصرف اي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد او جعلت رأس مال السلم صح ت ان الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فوقت انها لم ينتف عنها جنس الدراهم فيبر في اليمين بها سواء حلف على القبض او الدفع وكذا قبض الدراهم المستحقة صحيح ولذا لو اجازها المالك قبضها جاز واذا بر في دفع هذه المسماة الثلاثة فلو رد الزيوف والنبهرجة او استردت المستحقة لا يرتفع البر وان انتقض القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع عتق فردها مولى المكاتب بسبب انها زيوف او نبهرجة او مستحقة لا يرتفع العتق ولو كانت رصاصا او ستوقة حنث اذا انقضى اليوم ولم يرد بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا بدا وهو تعريب سه توقه اي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يجوز بها في الصرف والسلم ولا يعتق المكاتب بادائها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد. **قوله** وان باعه اي باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضينه اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه عبدا او قبضه رب الدين بر المديون في يمينه لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو ان يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لان قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا بعد اولا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاص بها فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو ان يثبت له في ذمة ثمن العبد وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الذي يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد او لا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تاكيدا للبيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا فقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون، وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم اقبض مالي عليك اليوم او ان لم استوف قال محمد فان وهبها له لم يبر يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقيل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد لعدم المقاصة ولان القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون فعل هذا الآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم في مسئلة الكوز ان بقاء التصور شرط لبقاء اليمين في اليمين المؤقت وهذه كذلك اذ الكلام هنا في يمين موقتة وان كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بانه يستلزم ارتفاع النقيضين لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق احدهما دائما هما في الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه اما في الامور الشرعية اذ ارتفاع قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكما ما دام السبب قائما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت احد الامرين اما من الحنث او البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا بر ولا حنث وجميع ما اورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لان عدم الحنث متفق عليه انما يفيد لو قال بر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل واعلم ان جواب هذه المسئلة اعني مسئلة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما اشرنا الى ذلك اما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فابراه او وهبه فلا شك انه يحنث بالاتفاق لان تصور البر شرط ابتداء في اليمين المطلقة بل في الابتداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث

ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه فى وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لى الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناؤ بجميع اجزائها وكذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفى وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر فى يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل

زمن يقدر فيه على القضاء بالياس من البر البتة **قوله** ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث لان الشرط اى شرط الحنث قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض المتفرق الى كل الدين حيث قال لا اقبض دينى وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامه متفرقا غير انه لو كان التفرق فى مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنات وزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة فى الجامع الكبير موقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدى حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم ياخذ ما بقى حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان اخذت منها اليوم درهما دون درهم فاخذ خمسة ولم ياخذ ما بقى حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد **قوله** ومن قال ان كان لى الا مائة فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد عن المائة فيصدق على الخمسين اذ يصدق ان الخمسين ليس زائدا على المائة واما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس لى مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفى المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فيكون المائة غير محكوم عليها بما ينافى ملكه غير متعرض لها باثبات بوجه من الوجوه وعلى هذا طائفة من المشايخ واما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة اخرى او على ان الاستثناء من النفى اثبات وهو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفى اثبات فى هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على ان له مائة واما قول المصنف ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها فظاهره انه وجه مقابل للقول لان المقصود منه عرفا وهو ان يكون مدلوله ومعلوم ان اخراجها ليس الا من النفى وحاصله اخراج جميع اجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحلف على نفى خمسين من ملكه فكان يحنث فليس للعول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه اعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطنى الا خمسين فقال ان كنت اعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف فى قدر الدين فقال لى عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لى عليه الا مائة فهذا النفى للنقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفى الجامع الصغير عبده حر ان كنت املك الا خمسين فملك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكوة حنث والا لا الا ترى انه لو قال مالى صدقة ينصرف الى مال الزكوة او حلف مالى مال لا يحنث الا بمال الزكوة وفى خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة ياتى ان شاء الله تعالى

مسائل متفرقة اى هذه مسائل متفرقة لكون شاذها عما تقدم فى الذهن او تاخر وضع الترجمة عن وضع المسائل ويكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ عن الابواب فى الترجمة ونحوها **قوله** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل فعم الامتناع فى جميع الاوقات المستقبلة ضرورة عموم النفى للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفى فى جميع الاوقات ثابتا وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله سواء كان مكرها فيه او ناسيا اصيلا او وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع الياس عن الفعل وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه ان يوصى بالكفارة

وإذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة لأن المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك مثله ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع

أو بفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد وأكل الرغيف قبل أكله ثم يحنث هذا إذا كانت اليمين مطلقة كما أريت فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لأبي يوسف لو أكل الرغيف قبل مضي اليوم سقطت اليمين عندهما على ما عرف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لأحمد **قوله** وإذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع إذا فسد فهو على حال ولايته خاصة ولو عزل لا يلزمه إخباره بعد ذلك وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد وهذا التخصيص في الزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره لأنه إذا زجر داعرا انزجر داعر آخر كما قال ولكم في القصاص حيوة وهذا لا يتحقق إلا في حال ولايته لأنها حال قدرته على ذلك فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية فإذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد إلى الولاية وعن أبي يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل أيضا وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد لأنه مفيد لاحتمال أن يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز ثم إن الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل لأنه لا يحنث في اليمين المطلقة إلا باليأس إلا إذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الإمكان انتهى ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا إلى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد أي بالفور أي فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج عن البلد إلا بإذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لأن الإذن إنما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا تخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بقيام الزوجية فإذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودها بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فإنه لا يتقيد به إذ لم يذكر القيد فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الإذن وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها بغير إذنك فطالق فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوج بغير إذنها طلقت لأنه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لأنها إنما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح **قوله** ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه الأصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بإزاء الإيجاب والقبول معا وفي عقود التبرعات بإزاء الإيجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والإقرار والهدية قال زفر هي كالبيع وفي البيع وما معه الاتفاق على أنه المجموع فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال لغيره بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو أجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستأجر لأن إقراره بالبيع يتضمن إقراره بالإيجاب والقبول وقوله لم تقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث لو حلف لا يبيع فأوجب فقط وعلى الحنث إذا حلف ليبيعن اليوم فأوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة عندنا يبر بالإيجاب فقط وعنده يحنث استدل له زفر بقياسها بالبيع لأنه أي عقد الهبة تمليك مثله حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو أي عقد الهبة بلا قبول كالإيجاب في البيع ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل مجرد إيجاب من الجانبين والقبول من الآخر لتمام السبب وإنما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية أخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لأن السبب بلا حكم غير معتبر قال المص ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع أي الهبة اسم التبرع فإذا تبرع وجد المسمى فيحنث وإنما يراد تمامه سببا للملك الأصلي بالنقل عن بعضهم أن الملك يثبت به قبل القبول

ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

الا ان يرد فينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لا معول ولا عمل على هذا بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه الى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا لملك الآخر كالبيع والحاصل انه انما يتم بما هو من جهته وهو التمليك وهو بهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر وان كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظ المفيد له وهو كالبيع في هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو في تعيين مسميات شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة واخواتهما ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل او الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا او وهبت كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بان اسم البيع للمجموع لم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم فقد اطلق اسم الاهداء من احد الجانبين فقط لفرض انه رده عليه ووجهه ان قول ابن عباس اهدى انما حكاية قول الصعب بن جثامة رضي الله عنه اهديت لك هذا او حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد ان اسم الهدي يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر اولا واستدل ايضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منها بلازم لان غاية ما فيه انه صح ان يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة لقوله فلم يقبل ونحن لا ننكر انه يصح ان يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع انه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بانه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة الا ترى انه لو قال بعته هذا الثوب بالف فلم يقبل فلم يكن مخطئا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على انه وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على ان البيع لمجرد الايجاب والاثبات واما الاستدلال بقول الصديق لعائشة كنت نحلتك عشرين وسقا من مال الغابة وانك لم تكوني جزيتيه فسماه نحلي قبل القبض وانما ينتقض على احدى روايتي زفر انه ماخوذ فيه القبض ايضا ولسنا نقصرها بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب مسمى اللفظ واما الوجه القائل بان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر ان الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد ولا يخفى بانه غير لازم ولا كانت اسماء الامور التي لها غايات اسماء لتلك الغايات وايضا فقصد الاظهار للسماحة غير المراد اذ لا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الاجنبي وهذا اليق ان يجعل مقصود العقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا بمجموع القبول والايجاب واقرب منه انه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بانه عقد تبرع فيتم بالتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر وهو تمام جزء السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن ابي يوسف ان قبول المستقرض لا بد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال اقرضني فلان الفا فلم اقبل لا يقبل قوله ونقل عن ابي حنيفة فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث انه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع ان في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه ان يلحق الابراء بالهبة والقرض بالبيع للعوض فاعلم ان الابراء له شبهان شبه الاسقاط لان الدين وصف في الذمة لا يحتمل التمليك باعتباره قلنا لا يتوقف على القبول وشبه التمليكات باعتبار ماله الى عين المال حتى جرت احكام المال عليه في باب الزكوة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق ولا يقبل التعليق واليوم فلان قال ان تقاضاك ابنه **فرع** حلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى اباه في مرض فعتق عليه ولو حلف ليهبن اليوم مائة درهم فوهبها له على آخر وامره بقبضها بريعلمات الكوفة فيسئل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي ان الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام

ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف

لا يشترط فيها القبول من الآخر ولو قال لعبد ان وهبك فلان مني فانت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اليه
اولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدار الواهب فقال وهبتكه لا يعتق قبل او لم يقبل وان بدار الموهوب له فقال هبه مني فقال
وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له اجنبي فاجاز الحالف البتة حنث كما رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده
لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب
لانه لا ربح للاب في المال وينعقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادة الناس من الشركة في التجارة دون الاعيان فلو اشتريا عبدا لم يحنث
بخلاف ما لو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث بخلاف ما لو ورثا شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما احب او كره

قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي
في اللغة المشهورة الفصيحة واما شممت اشم بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد انكرها بعض اهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه وقد
نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست فصيحة ثم يمين الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا او وجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه
وفي المغرب الريحان كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول
مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجرة ذكره في المبسوط لانه تعالى قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان لان
الريحان انما يطلق على ما ينبت من بذره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة لزهرهما
هذا والذي يجب ان يعول عليه في ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع فهو ريحان الحماحم واما كون الريحان الترنجي منه فيمكن
ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعندما يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع

قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا فهو على دهنه دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخي انه يحنث به ايضا بعموم المجاز وهذا مبني على العرف
فكان في عرف اهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في ايام الكرخي فقال به واما عرفنا
فيجب ان لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن اصلا كما قال في الورد والحناء ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانه اسم
للورق والعرف مقرر له بخلاف البنفسج **فروع متفرقة الاصناف** اذا حلف على الدجاج نفيا او اثباتا وكذا الجمل والابل
والبعير والجزور والبقر والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والتاء للوحدة قال قائلهم
لما مررت بدير هند ارقني صوت الدجاج وضرب بالنواقيس والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن ابي يوسف
البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للعجمي والبقرة لا تتناول الجاموس للعرف حلف لا يفعل كذا
ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لا افعل كذا وكذا فكذلك يحنث حلف لا يأكل مما يجيء به فلان فجاء
بحمص فطبخ فاكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكره في فتاوى قاضي خان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا يأكل لحما فاكل من مرقه
انه لا يحنث ان يقيد بما اذا لم يجد طعم اللحم حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء فشرب قيئه لا يحنث قال لعبده اذا سقيت الحمار
فانت حر فذهب فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكن لم يشرب حلف لا يشرب عصيرا فعصر عنقودا في حلقه لا يحنث ولو عصره في كفه

ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتني عليه

فحساه حنث اما لو قال لايدخل حلقي حنث فيها وفي الفتاوى هذا في عرفهم اما في عرفنا فينبغي ان لايكون حانثا لان ماء العنب يسمى عصيرا في اول ما يعصر حلف على امرأته لاتسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حائط فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها ان تتسور الحائط قال الفقيه وبه نأخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق وقيد ومنع من الخروج فلا يحنث ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث. قال الصدر الشهيد هذا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا انه لايحنث قال والاصح انه يحنث ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر انتهى اعني وقد اكرهت على الشيء وهو فعل والمكره على الفعل لايضاف الفعل اليه فلا يحنث فقد صرح بجواب الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم اخرج من هذه اليوم فقيد الحالف ومنع اياما انه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق فكان ليلا فهي معذورة حتى تصبح ولو قال لرجل لم يكن بعد ورا هو الصحيح الا لخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به كل عبد لي حر فله عبد بينه وبين غيره لايعتق لانصرافه الى التام ومثله لا اكل مما اشتراه فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لا يحنث لو اكل منه ولا يعتق عبد المأذون وان كان عليه دين ولا يعتق عبد عبده المأذون عند ابي حنيفة اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليهم دين ان نواه عتق والا فلا وعند ابي يوسف ان نواه عتق والا فلا كان عليه دين اولا وقال محمد عتقوا جميعا في الاحوال كلها قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان اراد به الاستحلاف فهي استحلاف ولا شيء على واحد منهما اذا لم يفعل ولو قال لغيره اقسمت واقسمت بالله عليك لتفعلن كذا وقال اشهد بالله واشهد عليك او لم يقل عليك فالحالف هو المبتدأ الا ان يكون اراد الاستفهام فلا يمين عليه ايضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدأ وان نواه اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو اقل من من وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فانت طالق فانه يطبخ قبل ان يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة حلف لا ياكل من خبز ختنه فسافر الختن وحلفت لامرأته دقيقا فاكل منه حنث لانه باق على ملكه قال الامام القاضي هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي بقدر ما يكفيك اما اذا افرز قدرا من الدقيق واعطاها صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل من مال فلان فتناهدا فاكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان احد الشركاء صبيا لا يجوز ولو كان كل واحد اكل مال نفسه ينبغي ان يجوز قال نعم وهو المستحسن لكن لم يصرح بالخلاف انتهى واقول الفرق ان عدم الحنث لاكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف تبتنى الايمان فلم يحنث وعدم جواز التناهد مع الصبي لانه غير اكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي ايضا وفي الخلاصة حلف لا ياكل من خبز فلان فاكل خبزا بينه وبين فلان يحنث وقال في مجموع النوازل لا يحنث لانه اكل حصته ولو قال لا ياكل من مال فلان فمات فلان فهو وارثه فاكل ان لم يكن انه وارث سواء لو كان فاكل بعد القسمة لا يحنث والا حنث ولو قال رغيف فلان لا يحنث ولو حلف لا ياكل رغيفا لفلان

وقيل في عرفنا تقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق

فاكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل وكذا دار بين اختين قال زوج احدهما ان دخلت الا في نصيبك فانت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى ارضا ونصف الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا ياكل من حب خل لفلان فاكل من حب خل بينه وبينه حنث ولو اشترى سبزا بهم مشتركا بينهما لم يحنث ولو حلف لا ياكل من طبيخ فلان فاكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا ياكل من قدر فلان فاكل من قدر طبخها فلان لم يحنث في الاصل لو حلف لا ياكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفي مجموع النوازل امرأة ذهبت ظئرا فقال لها زوجها اگر از مزد دايگى تو خورم فانت طالق فوهبت من آخر فاكل الحالف يحنث وقال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما ياتي ينبغي ان لا يحنث صورتها في الفتاوى حلف لا ياكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهبه الابن للحالف فاشترى شيئا فاكله لا يحنث قال وهذا اصح من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان اكلت اليوم الا رغيفا او ان تغديت الا برغيف فعبدي حر فاكل رغيفا ثم اكل بعده تمرا او فاكهة حنث وفي فتاوى قاضي خان حلف لا ياكل اليوم الا رغيفا فاكل رغيفا مع البقل او الزيت او اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان اكلت اليوم اكثر من رغيف فعبده حر فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل هذه الخابية التي فيها الزيت فاكل بعضها حنث ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا ياكل هذه البيضة لا يحنث حتى ياكل كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا ياكل هذا الشئ كالرغيف مثلا فاكل بعضه قال ابو بكر الاسكاف ان كان شيئا يمكنه ان ياكله كله في عمره لا يحنث باكل بعضه وقال بعضهم اذا اكل بعض ما لا يمكن ان ياكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح قال محمد رح كل شئ ياكله الرجل في مجلس واحد او يشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث باكل بعضه لكن في الفتاوى مطلقا حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل وبقي منه شئ يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق في القضاء فيه روايتان انتهى وكان المراد ان يترك شيئا قليلا جدا بحيث لا يقال الا ان فلانا اكل جميع الرغيف لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع انه اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف لا يحنث باكل البعض وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة منه قال في فتاوى قاضي خان قال مشائخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض قال ابراهيم سمعت ابا يوسف رح يقول فيمن قال كلما اكلت اللحم او كلما شربت الماء فلله علي ان اتصدق بدرهم فاكل فعليه في كل لقمة من اللحم

لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي النفس قاض عليه

وفي كل نفس من المار درهم حلف لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكلمهما الا ان ينوي الحنث باحدهما فيحنث
بواحد منهما اما لو قال لا اكلمهما وقال بالفارسية بااين دو كس سخن نگويم ونوى واحدا لا يصح نيته ذكره في المحيط قال وينبغي ان يصح
لان المثنى يذكر ويراد الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح انتهى فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا او فلانا
حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفي مجموع النوازل لا اكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهذا على ستة ايام ولو قال لا اكلمه لا يوما
ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة ايام حلف لا يشرب من دار فلان فاكل منها شيئا قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين
الامتناع عن جميع الماكولات وقال غيره لا يحنث في يمينه الا ان ينوي جميع الماكولات والمشروبات اما لو قال بالفارسية فلا شك
في تناول الماكول والمشروب حلف لا يغتسل من امرأته عن الجنابة فجامعها ثم جامع اخرى او على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين
انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث ايضا اذا اغتسل عنها وعن غيرها يحنث كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ
من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لا يحل تكته على امرأته ان اراد لا يجامع صح وهو مادل وان لم يرده ان فتح سراويله للبول ثم جامعها
لا يحنث لان فتح سراويله عليها ان يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي ان يكون حانثا لوجود شرط الحنث
ولو حلف لا يحل تكته في الغربة فجامع من غير حل التكة ان نوى غير حلها لا يحنث وصدق قضاء وان حلف لم ينو يحنث ونحو هذا قوله
ان اغتسلت من الحرام فعانق اجنبية فانزل قالوا يرجى ان لا يكون حانثا وتكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لا تغتسل منها
من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار ارجو ان لا يحنث قال الفقيه ابو الليث لان قوله كناية عن الجماع واذا كانت مكرهة عليه لا تحنث
فلو قال لها عند ارادة الجماع لم تمكنيني او لم تدخلي معي في البيت فلم تفعل ثم فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوة حنث والا لا وفي
الجامع الكبير حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بها ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة
فانت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله بمعانقتها بتداخل الفرجين وتعرف انها ليست مملوكة له ولا زوجة لو شهد عندها
اربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت الا بذلك ولو اقر لها كفى مرة لانها المقام معه بان جحد عند الحاكم انه فعل وليس
لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فان حلف وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تفيد مسألة ما اذا علمت انه طلقها ثلاثا يقينا ثم انكر في انه لا تمكنه
ابدا واذا لم تستطع منعه عنها لها ان تسمه ولو قال بالفارسية اگر تو با كسى حرام كنى فانت طالق فابانها فجامعها في العدة طلقت عندهما
لانهما يعتبران عموم اللفظ وابو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لآخر
فعلت فان لم افعل قال ابو حنيفة ان لم تفعل على فور فعله حنث حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لا يحنث
لان معرفة البالغ كذلك ويحنث في الصغير وعليه فرع مالو لم يحبل ولد فخرجه الى جاره ولم يسمه بعد
ذلك الجار ثم حلف انه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف انه لا يعرفها لا يحنث وكذا لو حلف انه
لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يحنث الا ان يعني به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يفعل كذا مادام في
في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يحنث حلف لا اترك فلانا يفعل كذا فكلما امره الا من هنا

كتاب الحدود

ويدخل بيبر بقوله له لا تفعل لا تخرج الا تمر اطاعة او عصاه والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الحدود

لما اشتمل الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة اولاها الحدود والتي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود والصوم اوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن يكون الترتيب ح الصلوة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يعتبر بالاخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب الاستعمال الشارع كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله الحديث ثم ثم محاسن الحدود اظهر من ان تذكر بل احق تكتسب بعبيان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة انها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية واما انتهاء معنى بسبب اشتباه النسب ولا يلتزم مون الولد مع ما فيه من تهمة الناس البرآء وغيره فلذا اجمع الناس الى صون حده ورجمه وفي باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض واخذ اموال الناس وقبح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم تبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان ابيح الشرب حين كان فساد هذه الامور عامة كانت الحدود والتي هي مانعة منها حقوق الله على الخصوص فان حقوقه على الخصوص ابدا تفيد مصالح عامة ولذا قال المص والمقصود من شرعيتها الانزجار عما يتضرر به العباد والعبارة المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر الا انه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المص الى قوله للانزجار الا ان قوله والطهرة ليست باصلية الى آخره اي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد انه مقصود ايضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا اصليا بل يترتب لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم فيجعل سببه اصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة واما ذلك فقول طائفة كثيرة من اهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من اصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن اصاب منها شيئا فستره الله فهو الى الله ان شاء عفى عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك اي التقتيل والصلب والنفي لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر ان جزاءهم عقوبة دنيوية وعقوبة اخروية الا من تاب فانها تسقط عنه الاخروية بالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب ان يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه او رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فتقييده به جمعا بين الادلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما اراد المص انه لم يشرع للطهرة فاراد بعيدة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد يعني ان عقوبات الذنب بالحد لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد لم يتحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من اهلها واما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذ لا يسمع انما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا تضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض ان الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا ان يدل دليل سمعي على ذلك هذا واما الاستدلال على عدم كون الحد

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر **قال** الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر

مستعظما بانه يقام عليه وهو كاره فليس بشيء لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله اعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده اي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه **قوله** الحد لغة المنع وعليه قول النابغة الذبياني: الا سليمان اذ قال الاله له: قم في البرية فاحددها عن الفند وهو الخطأ في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شيئا فهو حاد له وحداد واذا ضيع للبواب لغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيده وهو قوله: يقول لي الحداد وهو يقودني الى السجن لا تجزع فما بك من باس، فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز ان يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حاد له اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى: فقمنا ولما يصح ديكنا الى جونة عند حدادها ثم سمي به الاصطلاح المعرف لماهيته لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع ما قال هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا الاصطلاح ... منه و هو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك اذن وغيره على ما سياتي ان شاء الله تعالى هذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر الحد هو العقوبة المقدرة شرعا فيسمى القصاص حدا اي هو المقدرة العقوبة شرعا ثم الحد ينقسم الى قسمين قسم يصح فيه العفو ولا يقبله ويحمل الاول الى ما يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا انكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على اسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال اتشفع في حد من حدود الله فاما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت والوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده **قوله** الزنا يثبت بالبينة والاقرار ابتداء يحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التي جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد في لغة نجد وعليه قال الفرزدق: ابا طاهر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من اسماء الخمر قال فالمراد ثبوته عند الحكام اما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المص تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص البينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال ابو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع اهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المص لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانما تثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وما قصده لا تعذر القطع اكتفي بالظاهر وهو البينة وفي الاقرار لان الاقرار بسبب الحد يستلزم مضرة في البدن ومعرة في العرض وتوجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع اصرار اسقوه

قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامراة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده

ومنها لعذاب الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يتب وقصد الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته في اسباب سخط الله لينال درجة اهل العزم **قوله** فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ليس فيهم امراة على رجل او امراة بالزنا ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج يدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها اولاد صغار وانما كانت اربعا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء واما الحديث الذي ذكره المصنف وهو قوله للذي قذف امرأته بالزنا يعني هلال بن امية ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك فلم يحفظ على ما ذكروا والذي في البخاري انه عليه السلام قال البينة والا فحد في ظهرك نعم اخرجه ابو يعلى في مسنده ثنا مسلم بن ابي مسلم الجرمي ثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن انس بن مالك قال لاول لعان كان في الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن امية بامرأته فرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام اربعة شهود والا فحد في ظهرك فالمسئلة وهي اشتراط الاربع قطعية مجمع عليها ثم ذكر ان حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه فاقتصر عليه لنفي قول من قال ان حكمته ان شهادة الزنا متضمن الشهادة على اثنين وعلى كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة اما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على اربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فلا يتحقق بذلك الاندرار واما انه مندوب اليه فلما اخرج البخاري عن ابي هريرة عنه عليه السلام من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه واخرج ابو داود والنسائي عن عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال من رأى عورة فسترها كمن احيى موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغي ان يكون الشهادة به خلاف الاولى التي مرجعها الى كراهة التنزيه لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه السلام لهزال في ماعز لو كنت سترته بثوبك الحديث سيأتي كان في مثل ما ذكرنا والله سبحانه اعلم

وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى لأن النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه أو زنى في دار الحرب وفي المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء

وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضي ودار الشهادة تكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها وأما أن المختار في الحكم ما ذكره المص فلأن شهادة الاثنين كما تكون معتبرة على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة كما لو شهدوا أن هؤلاء الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالمعول عليه ما ذكره المص قوله وإذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم عن خمسة أشياء عن الزنا ما هو وكيفيته وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى ثم استدل المص على وجوب هذه الأشياء بأنه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولأن الاحتياط مطلوب شرعا في ذلك وهذا الوجه يعم الخمس والسمعي يقتصر على اثنين منها فهي صلة الاستدلال على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فإن قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب أن علة استفساره بعينها ثابتة في الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم أما أنه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة قال جاء الأسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراما أربع مرات كل ذلك يعرض عنه فأقبل في الخامسة فقال أنكتها قال نعم حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال أريد أن تطهرني فأمر به فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر إلى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجليه فقال أين فلان وفلان فقالا نحن ذان يا رسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يا رسول الله قال فما نلتما من عرض أخيكما آنفا أشد من أكل منه والذي نفسي بيده إنه الآن لفي أنهار الجنة ينغمس فيها وأما استفساره عن المزنية فأخرجه أبو داود وعن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك في حجري فأصاب جارية من الحي فقال له أبي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله أن يستغفر لك فأتاه فقال يا رسول الله إني زنيت فأقم علي كتاب الله فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات فقال إنك قد قلتها أربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فأمر به أن يرجم فأخرج إلى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فأمر به أن يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحي بعير فأصاب رأسه فقتله وأما أن في الاستفسار عن الأمور الخمسة الاحتياط فلما قال لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراما زنى أو كان يظن أن كل وطء محرم زنى يوجب الحد فيشهد بالزنا فلذا احتيال

بوظيفت

فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحد واحتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى

يسأله عن الزنا ما هو ولانه يحتمل كان مكرها ويرى ان الاكراه عن الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه لما روي عن ابي حنيفة فيتهم به فلهذا يسأله عن كيفيته وفي التحقيق هي حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود بزناه في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا يسألهم اين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم فلا حد فيه او قد ثبت بالبينة او في زمن صباه فلهذا يسألهم متى زنى وحد التقادم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه او كانت جارية او زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء ان ينظروا في بيتي وكانت في بيت احدهم كوة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما اتيت الا امرأتي ثم ان الحد تم درء عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة وكان مثل النصف من العبادة فحد عمر رض الثلاثة ولم يحده لانه ما نسبه الى الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وانفاسا عالية ولحافا يرتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد واخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رض ثم سألهم ان يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وابى ابو بكرة ان يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل النضو من العبادة انتهى فلهذا يسألهم عن المزني بها من هي وقياسه في الشهادة على زنا امرأة ان يسألهم عن الزاني بها من هو فان فيه ايضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه كان صبيا او مجنونا بان مكنت احدهما فانه لا يجب عليها في ذلك حد على قول الامام ابي حنيفة رح ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم انهما زنيا لا يحد المشهود عليه ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون فصار كما لو شهد اربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم باقون على شهادتهم غير انهم لا يقبلون وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وابى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن ان يكون قذفا فاذا لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد وما وقع في اصل المبسوط من ان الرابع اذا قال اشهد انه زان فسأل عن صفته فلم يصفه انه يحد حمل على انه قال للقاضي في مجلس من غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة **قوله** واذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وهي بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر بان يبعث ورقة فيها اسماؤهم واسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا ما وعد المص بيانه في الشهادات حكم بشهادته وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط آخر وهو ان يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ذكر في اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها ابو حنيفة في الاموال احتيالا للدرء ولما كان هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت ايجاب الدرء ما امكن استدل عليه بما رواه ابو يعلى في مسنده من حديث ابي هريرة عنه عم ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي من حديث عائشة عنه عم قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة قال الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف واسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث

قال في الأصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق إن شاء الله تعالى **قال** والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات

ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف أقرب إلى الصواب ولا شك أن هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى وكان ذكر هذه ذكرا لمستند الإجماع واعلم أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لأن علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من إهدار الشرع علمه بالزنا في إقامة الحد بالسبب الذي ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعديل الشهود وإهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره **قوله** قال في الأصل أي قال إذا وصف الشهود الأشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأنه متهم وقد يهرب ولا وجه لأخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ بالشبهات فإن قيل الاحتياط في الحبس أظهر منه في أخذ الكفيل أجاب بأن حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير لأنه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وإن لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما إذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لأن أقصى العقوبات هناك بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فإن كان بعد الثبوت عقوبة أغلظ وهذا هو الفرق الذي وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق وأما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا من تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من إبلهم فاتهموا الغفاريين فأتوا بهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يكن إلا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عرم لك وقتلك في سبيل الله قال فقتل يوم اليمامة **قوله** والإقرار أن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات قدم الثبوت بالبينة لأنه المذكور في القرآن ولأن الثابت بها أقوى حتى لا يندفع بالشبهة بالإقرار ولا بالتقادم ولأنها حجة متعدية والإقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحد لشبهة عدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين ولو أقر فظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بأن تخبر النساء بأنها رتقاء بطل الحد وذلك لأن إخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما واختلف الحكم في اشتراط تعدد الإقرار فنفاه الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك والشافعي وأبو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ولم يقل أربع مرات ولأن الغامدية لم تقر أربعا وإنما رد ماعزا لأنه شك في أمره فقال أبك جنون وذهب كثير من العلماء إلى اشتراط الأربع واختلفوا

فى اربع مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضى فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبى والمجنون غير معتبر اوهو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعى رح يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد فى الشهادة ولنا حديث ماعز رض فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات فى اربع مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب

فى اشتراط كونها فى اربع مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا ونفاه ابن ابى ليلى واحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع فى مجلس واحد وما فى الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن ابى هريرة رض قال اتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فقال يا رسول الله انى زنيت فاعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله انى زنيت فاعرض عنه حتى بين ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبك جنون فقال لا فقال هل احصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر فى انه كان فى مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن الظاهر منه فى افادة تعدد مجالس ما فى صحيح مسلم عن بريدة ان ماعزا اتى النبى صلى الله عليه وسلم فرده ثم اتاه الثانية من الغد فرده ثم ارسل الى قومه هل تعلمون بعقله باسا فقالوا ما نعلمه الا وفى العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم ايضا فسألهم فاخبروه انه لا باس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفيرة فرجمه واخرج احمد واسحاق بن راهويه فى مسنديهما وابن ابى شيبة فى مصنفه ثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر بن عامر عن عبد الرحمن بن ابزى عن ابى بكر رض قال اتى ماعز بن مالك النبى صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك الله قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر به فرجم فصرح بتعدد المجئ وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان فى صحيحه من حديث ابى هريرة رض قال جاء ماعز بن مالك الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ان العبد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فامر به فطرد فاخرج ثم اتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال ادخلت واخرجت فقال نعم فامر ان يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر فى تعدد المجالس فوجب ان يحمل الحديث الاول عليها فان قوله فتنحى تلقاء وجهه يصدق مع قوله الاول اقرار واحد لا فى مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك اربع مرات اى فى اربع مجالس فانه لا ينافى ذلك وقد دلت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه واما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فاما كون الغامدية لم تقر الا مرة واحدة فممنوع بل اقرت اربعا يدل عليه ما عند ابى داود والنسائى قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون ان الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص فى اقرارها اربعا غاية ما فى الباب انه لم ينقل تفاصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البزار فى مسنده عن زكريا بن سليم ثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن ابى بكرة عن ابيه فذكره وفيه انها اقرت اربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبى حتى تلدى الحديث غير ان فيه مجهولا تنجبر جهالته بما يشهد له من حديث ابى داود والنسائى واما كون رد ماعز اربعا كان لاسترابة فى عقله فان سلم لا يتوقف علم ذلك على الاربع والثلاثة موضوعة فى الشرع لابلاء الاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا فان عنده لا تعيين المعين

ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رح

فالمراد يستحب ان يؤخر ثلثة ليراجع نفسه في شبهة فلو لم تكن الاربعة عددا معتبرا في اعتبار اقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله في حديث هزال انه قد قلتها اربع مرات فيمن وهو حديث اخرجه ابو داؤد والنسائي والامام احمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له ايت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه احمد قال هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح واسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وابوه نعيم ذكره ايضا وهو مختلف في صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بالفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها في لفظ لابي داؤد عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك اربع مرات وفي لفظ لابن ابي شيبة اليس انك قلتها اربع مرات وتقدم في مسند احمد عن ابي بكر رض انه قال بحضرته ان اعترفت الرابعة رجمك الا ان في اسناده جابر الجعفي وكونه روي في الصحيح انه رده مرتين او ثلاثا فمن اختصار الراوي والا فلا شك انه اقر اربعا وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما اوجب سبحانه في الشهادة على الزنا اربعا على خلاف المعتاد في غيره ولذا اعتبر في اقراره انه لا يكمل اقرار بمنزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله وحديث العسيف فان اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعهود في الزنا بناء على انه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة ونقل هذا من حديث ابي هريرة رض في استفسار ماعز انه رجمه بعد الخامسة وتاويله انه عد احاد الاقارير فان منها اقرارين في مجلس واحد كما قدمناه في الجمع فكانت خمسا فان قيل يجوز كونه رده ليرجع قلنا ينبغي ان يلقنه الرجوع ولكن في مجلس الاقرار الموجب لو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعده لانه يطلقه مختارا في اطلاقه ليذهب فقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا لما علمت ان الاقامة مخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه ان يفصله والا فات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل هو عذر في ايجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الاقامة وهذا لا يوجب جواز رده واخراجه ليذهب فيرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حال سبيله وهو مصر على الاقرار غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الامام فيجلس في بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد واما ما روي ان الغامدية قالت له عليه الصلوة والسلام اتريد ان ترددني كما رددت ماعزا والله اني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته اتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس ان يرجموها فرجموها فاستقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى راسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس في هذا انه اعتبر قولها فلم يردها غاية الامر انه ردها وغيا الى ولادتها ثم ردها الى فطامها لاتفاق الحال بان يثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت اليه ليصدر منها ما هو اقرار

لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة **قال** فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع

اذ لا بد ان يقع في مجلسها شئ مما هي بصدده هذا ولم يكن ما تقدم مما يفيد ان اقرارها كان اربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر به الحكم بتعدد الاقارير تعدد مجالس المقر دون القاضي لانه الذي به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجلس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط واما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد متهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لا شك في الصدق واصل التعدد انما لزم حتى لزم الاتيان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر وشرط في النساء رجلا لذلك ايضا بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبي فلزمت الاخرى تذكرها **قوله** لانه عم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة لا يعرف بهذا اللفظ واقرب الالفاظ اليه ما ذكرناه من حديث ابن حبان انه طرد واخرج فارجع اليه **قوله** واذا بين ذلك اي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المص في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لانه قد يبين من لا يحد بوطيها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا اعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه اقرار بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره انه لا ملك له في المزنية لانه لو كان لعرفها لان الانسان لا يجهل زوجته وامته والحاصل انه اذا اقر اربع مرات انه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا اذا اقر انه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حده ثم ارسل الى المرأة فقال ان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال ان تذكر مسقطا عنه وعنها لا يجوز التاخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال ان ترجع الشهود ولان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا اعرفه لا يحد الرجل عند ابي حنيفة رح وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بفلان فانكر فلان تحد هي عندهما لا عنده **قوله** وقال الشافعي يقيم عليه الحد وهو قول ابن ابي ليلى والمسطور في كتبهم لو رجع قبل الحد او بعد ما اقيم عليه بعضه سقط وعن احمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره فقوله كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد ثبوت كما لو فرض انه شهدوا عليه وهو ساكت فلما سألهم الحاكم الاسئلة المخمسة وتمت الحجة انكر ولا يخفى انه تكلف والحق ان الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل صحته شرعا حكما فيجب كون المحل الذي هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس متحققا في الشهادة نعم في القصاص وحد القذف يعني لو اقر بهما ثم رجع لا يقبل وكذا لا يقبل في الزنا ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه رجع من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فينعدم اثره

ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز رض لعلك لمستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى **فصل** في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة

في اخباره الاول بالكلية **قوله** ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع لقوله عم لماعز لعلك لمست روي في بعض احاديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت وقال في الاصل ينبغي ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة والمقصود ان يلقنه ما يكون ذكره دارئا ليذكره كائنا ما كان كما قال ايضا عم للسارق الذي جيء به اليه اسرقت وما اخاله سرق والله اعلم بالصواب

فصل في كيفية اقامة الحد بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا هذا من الاحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال احصن يحصن فهو محصن في الفاظ معدودة هي اسهب فهو مسهب اذا طال وامعن في الشيء ومنه قول المصـ في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر رض ادع الله لنا فقال اكره ان اكون من المسهبين بفتح الهاء والفتح بالفاء افتقر فهو ملفج الفاعل على المفعول غير سيان ويقال بكسرها ايضا اذا افلس وعليه دين *

قوله رجمه بالحجارة حتى يموت عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي رض وجود حاتم والاحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته اما اصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رض وكاشف بهم حيث قال خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف رواه البخاري وروى ابن داؤد انه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا ان يقال ان عمر رض زاد في كتاب الله لكتبتها في حاشية المصحف وفي الحديث المعروف اي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة رض وابي هريرة وابن مسعود رض ففي الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان رض انه اشرف عليهم يوم الدار وقال انشدكم بالله اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث قال الترمذي حديث حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرء مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وابو داؤد والدارمي واخرجه البخاري عن فعله عم من قول ابي قلابة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا قط الا في ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل او رجل زنى بعد احصان او رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك في رجم عمر وعلي رض ولا يخفى ان قول المخرج حسن او صحيح في هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالنظر الى القبول والحاصل ان انكاره انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنا او لفظا كسائر المسلمين الا ان انحرافهم عن الاحتياط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى

قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف **قال** فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط

على المسلمين والرواة اوقعهم في جهالات كثيرة لتقادم السمع عنهم والشهرة ولذا حين قال ابو علي لعمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في كتاب الله الزمهم باعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا ايضا فعله والمسلمون **قوله** ويخرجه الى ارض فضاء لان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني ماعزا بالمصلى وفي مسلم وابي داود فانطلقنا الى بقيع الغرقد كان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان واما ما في الترمذي من قوله فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتاول على انه اتبع حين هرب حتى اخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على انه انما صار اليها هاربا لانه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض المضيق **قوله** ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه في الشاهد من امتناع بعض الناس في ذبح الحيوان الحلال الاكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي ليس بشرط اعتبارا بالجلد يعني فانه اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود واجاب بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل احد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق اذا بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراطهم ابتداءهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع للملحقة واما اثبات المذهب فيقول علي رض بناء على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل في الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسياتي انما يصح بناء على ان الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمل احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس عجز الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير من ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاصل فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا تقطع بوجوده بالمدلول منه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع ثبوت لان الثابت شبهة في الشهادة ولا شبهة الشبهة فيها حين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فانه به يظهر ان تلك الشهادة قذفت بلا شبهة فيحد به هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذ لم يكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا واما ثبوت ذلك عن علي رض فما اخرج ابن ابي شيبة حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا رض كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم هو ثم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس قال وحدثنا ابو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد بن عبد الرحمن بن عبد الله

وإن كان مقرا ابتدأ الإمام ثم الناس كذا روي عن علي رضه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

بن مسعود وعن علي رضه قال أيها الناس إن الزنا زناءان زنا السر وزنا العلانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي ثم الإمام ثم الناس وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرمي قال وفي يده ثلاثة أحجار فرماها بحجر فأصاب صماخها فاستدارت ورمى الناس وروى الإمام أحمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غائب بالشام فإنها حملت فجاء بها مولاها فقال إن هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها إلى السرة وأنا شاهد ثم قال إن الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فأنا أول من رماها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي من الأجلح عن الشعبي عن علي رضه وفيه أنه قال لها لعله وقع عليك وأنت نائمة قالت لا قال لعله استكرهك قالت لا قال فأمر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها أخرجها يوم الخميس وضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة وأحاط الناس بها الحديث وفيه أيضا أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف وأورد أن إثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو خبر الواحد واصطلاح الإرادات تقييد القطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به والجواب أن الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرؤه بالشبهة فإذا دل ظني على أن البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فيندرئ به بحكم القطعي بوجوب درء هذا الحكم القطعي للشبهة وموت الشهود يسقط أو أحدهم وكذا إذا غابوا أو غاب أحدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن أبي يوسف أن بداءتهم مستحبة لا مستحقة فلو امتنعوا أو ماتوا أو غابوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمي أو خرس أو فسق أو قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل إقامة الحد لأن الإمضاء من القضاء في الحدود وهذا إذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان بعضهم مقطوع اليدين أو مريضا لا يستطيع الرمي حضر ورمى القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الإقامة وقد يقال إذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وأيضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت إلا أن شمس الأئمة فرق بأنهم إذا كانوا مقطوعي الأيدي لم يستحق البداءة لهم وأما هنا فقد استحقت فإذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد شرطية بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك أن المعنى المسقط يجمعها ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف لأن سقوطه في الوجه الأول كان لأن شرط الشهادة عدم الإقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم أن الإمضاء من القضاء في الحدود فكان كالأول وخالفه محمد رح قوله وإن كان مقرا ابتدأ الإمام ثم الناس كذا روي عن علي وهو ما ذكرناه آنفا وقوله ورمى عم الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن ابن أبي بكرة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها إلى الثندوة ثم ذكر إسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت أخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وأنت تعلم أنه لو تم أمر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رضه واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فإن القطع بأنه عم لم يحضر بل رجمه الناس عن أمره عم ويمكن الجواب بأن حقيقته ما دل عليه

ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام في ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به ويأمر الامام بضربه

قوله فعلى انه يجب على الامام ان يأمرهم بالابتداء احتيالا للثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان لم يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في امر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع ح ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط لانه لزم من عدمه العدم لانه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عدم منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ واعلم ان مقتضى ما ذكره لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب ان يثنى الامام فلو لم يثن الامام لم يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيها قالوا ويستحب الكل من رجم ان يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا ان يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به الخ روى ابن ابي شيبة عن ابي معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلوة عليه واما صلوته عليه السلام على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه على الحديث بطوله الى ان قال ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر اتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في امر ماعز قال ثم امر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم ابو داؤد وصححوه واما ما رواه ابو داؤد من حديث ابي برزة الاسلمي ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلوة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن ابي بشر حدثني نفر من اهل البصرة عن ابي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلوته عليه لكن المثبت اولى من النافي لكن على اصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليله يساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك ان الصحابي اذا شهد الصلوة بتمامها يعلم عدم صلوته عليه السلام فيطلب الترجيح بغير ذلك ومن هذا ذهب مالك الى انه يصلي عليه غير الامام والحاصل ان الصلوة عليه مشروعة لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام اثر شهادته يوم القيمة واما انه صلى على ماعز ففي حيز التعارض والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين اتت امرأة من جهينة قوله فان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها اكثر ولولا تمكينها لم يزن وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو اولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رض وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين

بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف **قال** الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك الى عمر رضي الله عنه ظني ولهذا والله اعلم قال علي رضي الله عنه فيما ذكرنا عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك انه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به وليستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية ابي داود ورمي بالحجارة وسيأتي الكلام عليه **قوله** بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفي الصحاح ثمرة السوط عقدة اطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول بناء لما ذكر الطحاوي ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له لا عقدة عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول اصلا بل احد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه باليد اذا كان يابسا وهو الظاهر روى ابن ابي شيبة ثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن انس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلت له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه والحاصل ان المراد ان لا يضرب وفي طرفه يبس لانه يجرح او يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن ابي كثير ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت حدا فاقمه علي فدعا عليه السلام بسوط فاتى بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتى بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتى بسوط بين سوطين فقال هذا اضرب به فجلد فرواه ابن ابي شيبة عن زيد بن اسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى برجل فذكره ومالك في الموطأ والحاصل ان يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذي يصير به ذا نهايتين تتميما للمشترك في النفي لانه عين الحد مائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرناه كان اولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا **قوله** بين المبرح وغير المؤلم فيكون مؤلما غير مبرح فلزم انه اراد بالمبرح الجارح والا لم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله **قوله** وينزع عنه ثيابه الا الازار لستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضي التجريد وقول المصنف لان عليا كان يأمر بالتجريد زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يأمر بالتجريد في الحدود وقال بعد ما قال المخرج انه لم يعرف عن علي بل روي عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه اتى برجل في حد فضربه وعليه كساء قسطلاني قاعدا واسند الى المغيرة بن شعبة في الحد وذا انتزع عنه ثيابه قال لا الا ان يكون فروا او محشوا واسند عن ابن مسعود لا يحل في هذه الامة تجريد ولا مد **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه لان جمعه في عضو قد يفسده واستثنى الرأس والوجه والفرج وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه مخرجو مرفوعا بل موقوفا عن علي رضي الله عنه انه اتى برجل سكران او في حد فقال اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال وقد اتى برجل اضربه واعط كل عضو حقه قال روينا هذا القول عن علي رضي الله عنه

ما ذكره

وقال ابو يوسف رحمه الله يضرب الرأس ايضا ورجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق

والنخعي رح انتهى ولا شك ان معنى ما ذكره المص في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن عم قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه والذكر ولا شك ان هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبادره او هو في مقابلة حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا في حد قتلا او غير قتل وفي القتل صريح ما تقدم من رواية ابي داود من حديث ابي هريرة انه عم رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه وح فلا شك ان قول عمر وعلي رضا اعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر بكذا مقتصر عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير وانما كان ذلك علما فلم يحتج الى ذكره على انه ذكر في رواية غيره عن علي كما حكيناه آنفا بما سمعت فعلم ان ما اورده المص دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو انه مجمع الحواس الباطنة فربما يفسد فهو اهلاك معنى وهذا من المص ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا ان يأول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية البينة والا فحد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما نذكر رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه واجيب بان المراد بالظهر نفسه اي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة من عمر وعلي وابن مسعود وما استنبطناه من قوله عم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وانه في نحو الحد فما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رح في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود والاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قال ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد قوله وقال ابو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة ورجع اليه بعد ان كان اولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث ابي بكر الذي ذكره ورواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابا بكر رضي الله عنه اتي برجل انتفى من ابيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار ان رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر واعد له عراجين النخل فقال له من انت فقال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي رأسه فقال يا امير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت اجد في رأسي وهذا ينافي جواب المص بان ذلك كان مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة ابي بكر كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب ابي بكر للذي انتفى من ابيه هذا واستثنى بعض المشائخ وهو عن ابي يوسف رح ايضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي ان لا يضرب البطن قوله ويضرب في الحدود كلها وكذا التعزير قائما غير ممدود لقول علي رضا الخ روى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رضا قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة في الحد ولان مبنى الحد في التشهير زجرا للعامة عن مثله والقيام ابلغ فيه والمرأة مبنى امرها

وان كان عبدا جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها قال وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا

على الستر فيكتفي بتشهير الحد فقط بلا زيادة وقوله غير ممدود قيل المراد ان يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط بان يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد وفيه زيادة الم وقد يفضي الى الجرح وكل ذلك لا يفعل فلفظ ممدود يعم في جميع معانيه لانه في النفي مجاز تعميمه فان امتنع الرجل فلم يقف ولم يصبر لا بأس بربطه على اسطوانة او يمسك **قوله** وان كان عبدا جلده خمسين الى قوله فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء وهو ايضا مما عرف من اول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فيرجع به الى دلالة النص بناء على انه لا يشترط في الدلالة اولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب المذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان في تزوج الاماء بقوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن اقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط اعني الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة احصنوا او لم يحصنوا واسند ابو بكر الرازي الى ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون ان لا يراد لدليل يدل عليه وروى مسلم وابو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم من احصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس ان لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا انه غير صحيح وقرئ فاذا احصن بالبناء للفاعل وتأول على معنى اسلمن وحين الزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا احصن لزم ان لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنتقص العقوبة به لان الجناية عند توفر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ الا ترى الى قوله سبحانه يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين

قوله والرجل والمرأة في ذلك سواء لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم او لا فعلى كل الجلد او احدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة والاقرار يكون على ما شرط وقوله غير ان المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا الحشو والفرو ولان في تجريدها كشف العورة لان بدنها كله عورة الا ما عرف ووجهه ظاهر وتضرب المرأة جالسة لما روينا يعني من كلام علي رضي الله عنه ولانه استر لها **قوله** فان حفر لها في الرجم جاز لهذا ولذلك حفر عم للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وفتحها مع الواو مفتوحة ثدي الرجل ولحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين وما قيل الثدي للمرأة والثندوة للرجل غير صحيح لحديث الذي وضع سيفه بين ثدييه وكذا حفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية بسكون الميم وهي قبيلة كانت صبية على رضي الله عنه وقد مدحهم وقال في مدحهم فلو كنت بوابا على باب جنة لقلت لهمدان ادخلوا بسلام وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية احمد عن الشعبي انه حفر لها الى السرة ثم قال المص ان ترك الحفر لم يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك يعني لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عم حفر للغامدية ومعلوم ان ليس المراد الا انه امر بذلك فيكون مجازا عن امره والا كانت مناقضة غريبة فان قلنا انما يقع عنه بعد العهد اما معه في سطر

ولا يحفر للرجل لأنه عليه السلام ما حفر لماعز رض ولأن مبنى الإقامة على التشهير في الرجال والربط والإمساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام وقال الشافعي رح له أن يقيمه لأن له ولاية مطلقة عليه كالإمام بل أولى لأنه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الإمام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع إلى الولاة وذكر منها الحدود ولأن الحد حق الله تعالى لأن المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الإمام أو نائبه بخلاف التعزير لأنه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه

فغريب وهو هنا كذلك **قوله** ولا يحفر للرجل لأنه عم لم يحفر لماعز وتقدم من رواية مسلم وتقدم من رواية أيضا في حديث أبي بريدة الأسلمي أنه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة **قوله** ولأن مبنى الحد على التشهير في الرجال لا حاجة إلى التخصيص بل الحد مطلقا مبني على التشهير غير أنه يزاد في شهادته في حق الرجل لأنه لا يضره ذلك ويكتفى في المرأة بالإخراج والإتيان بها إلى مجمع الإمام والناس خصوصا في الرجم وأما في الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين أي الزانية والزاني فيستحب أن يأمر الإمام طائفة أي جماعة أن يحضروا إقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس رض واحد وبه قال أحمد وقال عطاء وإسحاق اثنان وقال الزهري ثلاثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك أربعة وأما قوله والربط والإمساك غير مشروع فلما تقدم من قول ابن مسعود رض ليس في هذه الأمة تجريد ولا مد ولأن ماعزا انتصب لهم قائما لم يمسك ولم يربط إلا أن لا يصبر وأعياهم فحينئذ يمسك ويربط فإذا هرب في الرجم وإن كان مقرا لا يتبع وترك وإن كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لأن هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل في إقراره لا في رجوع الشهود وذكر الطحاوي في صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا ولم نذكره في الأصل بل في حديث علي رض في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الأجلح عن الشعبي وفيه أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف إلى أن قال ثم رماها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد في مسجد بإجماع الفقهاء ولا تعزير إلا ما روي عن مالك أنه لا بأس بالتأديب في المسجد خمسة أسواط قال الواقدي أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطأه أبو حنيفة وفي الحديث أنه عم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم وإقامة حدودكم وجمروها في جمعكم وضعوا على أبوابها المطاهر ولأنه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد **قوله** ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام وقال الشافعي ومالك وأحمد يقيمه بلا إذن وعن مالك إلا في الأمة المزوجة واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الأصح المنصوص نعم لإطلاق الخبر وفي التهذيب الأصح أن القتل والقطع إلى الإمام لهم ما في الصحيحين من حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمة إذا زنت ولم تحصن قال إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولأنه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحد ولأن له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الإمام من التصرف فملك الإقامة عليه أولى من الإمام ولنا ما روى الأصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رض موقوفا ومرفوعا أربع إلى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولأن الحد خالص حق الله تعالى فلا يستوفيه إلا نائبه وهو الإمام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فإنما يستوفيه نائبه مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على أنه استناب في حقه المتوجه منه على الأرقاء مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الإقامة بنفسه ظاهرة وإن كنا نعلم أنه ليس المراد الإقامة بنفسه فإنه لو أمر به غيره كان ممتثلا فجاز كون المراد ذكره للإمام ليأمر بإقامته لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من

قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالراى متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطى الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ

قول القائل فقال الجدل فلان جلد فلان فلانة والمتبادر انه باشره او امر به على ان المتبادر احد واكثر فيها لا في ثلاثة بها اذان مع رفعه الى الحاكم لبعده اعم من استقرار الاعتقاد وعلى ان اقامة الحدود الى الامام فالمتبادر اليه من تلك اللفظة الاخير بخصوصه **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غيرها كما سياتى والاحصان في اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من باسكم فاطلق في استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه ان ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال احصنت اى عفت واحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان سبعة وعد ما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة والى ذلك اشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول انتهى والنكاح الصحيح في ضمنه والاسلام وسنذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل امة او صبية او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد او مجنون او صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها ثم قبل ان يدخل بها بعد الاسلام اى يطأها زنا لا يرجم وكذا لو اعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا اسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم ان الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي ان تكون بيانية اى الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل ان الاحصان الذي هو شرط الرجم هي الماثورة في اجزائه وهو هيئة تكون باجتماعها في اجزاء علة وكل جزء علة واحد شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا وقياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كما ان الحد لا يثبت قياسا فكذا شرطه لانا نقول بل يجب ان يثبت شروطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد اما لعدم المعقولية او لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا للايجاب بقي الشان في تحقيقه وقد اثبت المصنف رحمه الله شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله بانها من جلائل النعم فان من النعم كون كل من الزوجين مكافيا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال وقد شرع الرجم بالزنا عندنا استجماعها فيناط به اى باستجماعها وان انيط بكلها يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور اثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم تمامها شبهة في قصور الصارف فيندرئ به وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا لكمال الانتفاع حاجته الى الوطء عنده فكونه بالغا لان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي

والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا وكذا إذا كان الزوج موصوفا بإحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لأن النعمة بذلك لا تتكامل إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وأبو يوسف رحمه الله يخالفنا في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد **قال** ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لأنه عليه السلام لم يجمع ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لأن زجر غيره يحصل بالرجم إذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه **قال** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام

برجمها بشرعه الموافق لشرعهم وإذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الإسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الإسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الإسلام على عدم اشتراطه أو تأخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول مقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا الفعل يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في إيجاب الحد والأولى في الحد ترجيح الدافع عن التعارض ولا يخفى أن كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتهادا ولعله طاح بهذا دفع بعض المعترضين **قوله** والمعتبر في الدخول المحقق للإحصان الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وهو تغييب الحشفة أنزل أو لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وهو قول مالك والشافعي ورواية عن أحمد ويجمع في رواية أخرى عنه وأهل الظاهر كذلك للجمهور أنه عليه السلام لم يجمع وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف تظافرت الطرق عنه عليه السلام أنه بعد سؤاله عن الإحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الأمر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية إن كانت غيرها لم يزد على الأمر برجمها وتكرر ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بأنه لم يكن غير الرجم فقوله عليه السلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم أو رمي بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال ولأن الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار وقصد الانزجار لأن القتل إذا كان لا محالة كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التي لها شرع الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فإنه كان أولا الأذى باللسان على ما أمر به من قوله واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم إلى قوله فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا فإنه كان قبل سورة النور لقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا وإلا لقال خذوا عن الله ولا يخفى أن ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بأنه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه فإن لم يعلم خصوص الناسخ وأما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فإما لأنه لم يثبت عنده إحصانها إلا بعد جلدها أو هو رأي لا يقاوم إجماع الصحابة ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما وكذا أحمد والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد أقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب أصلا وأما تغريب المرأة فمع محرم وأجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول وهو امتنع ففي قول يجبره الإمام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله عليه السلام خذوا عني الحديث **قوله** لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه عليه السلام خذوا عني الحديث وتقدم ولأن فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف لأنه هو الداعية إلى ذلك ولذا قيل لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المسارة من ساوده إذا ساره ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا شارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه وإلا كان تجهيلا إذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان أبعد من ترك البيان لأنه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولأنه هو المفهوم لأنه جعل جزاء للشرط فيفيد أن الواقع هذا فقط

ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف وكذا قوله تعالى فاجلدوا والجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولأن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رض كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة

فلو ثبت معه شيء آخر كان مثبتا معارضا لا مثبتا لما سكت عنه الكتاب وهو الزيادة الممنوعة واما ما يفيده كلام بعضهم من ان الزنا بخبر الواحد اثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا لبطلت اكثر السنن وانما ليست نسخا وتسميتها نسخا بمجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المامور به في القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك انه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يثبته القرآن لم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف من ان الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ يفاد المعنى نفاذا وان الاطلاق يراد بالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما اثبت فيه اللفظ المطلق ثم لا شك ان هذا نسخ وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب فظن المعترض ان الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييدا للتربص وان لو تربصت ولم تحد حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة لانه اثبت الحديث واجبا لا انه قيد به مطلق الكتاب نعم يرد عليه ان هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رح عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الا ان ادعاء نسخ هذا الخبر مستلزم لنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر وانت تعلم ان هذا ليس بلازم بل يجوز ان يروى حديث بعضها منسوخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى انه آحاد لا مشهور وتلقي الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من اخبار الآحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطئ من زعمه يصير قطعيا وادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما عرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك انه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك اليها فاحرى ان لا ينسخ به فاتحة الكتاب من جعل جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لان الكتاب ساكت من نفي التعذيب فكيف وليس فيما يدل على ان الواجب من التعذيب على الحد فان اقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام واقامة الحد ظاهر في ان النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطف على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيده وجاز كونه تعذيبا لمصلحة واما مالك رح فرأى ان الحديث ما دل الا على الرجل لقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك انه كغيره من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وايضا فان نفس الحديث يجب ان يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على ان النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى الا ترى الى قوله البكر تستاذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بان في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحيي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم باودها ولا شك ان هذا المعنى في افضائه الى الفساد ارجح مما ذكره من افضاء قلة المعارف الى عدم الفساد وخصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد احوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال علي ابن ابي طالب رض حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال غرب عمر رض ربيعة بن امية بن خلف في الشراب

واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله اعلم

الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا اغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الامام مصلحة في التغريب تعزيرا له ان يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة من ابي بكر وعمر وعثمان وفي الترمذي ثنا كريب ويحيى بن اكثم قالا ثنا عبد الله بن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب الا انه قال حديث غريب هكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن ادريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ادريس عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روي في رواية ابن ادريس عن عبيد الله بن عمر ومن رواية محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وقال الدارقطني بعد ان ذكر رواية ابن نمير وابي سعيد الاشج عن ابن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم وهو الصواب لكن رواه النسائي ثنا محمد بن العلاء ثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكر ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسأل عنه لثقته وشهرته وقال ايضا عندي ان الحديث صحيح ولا يمتنع ان يكون عند ابن ادريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل ان في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا بين الحفاظ واما عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما فلا اختلاف فيه وقد اخرج ذلك عنهما ايضا في الموطا واما رواية عن عثمان ففي مصنف ابن ابي شيبة ثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم ارسل بها الى مولى يقال له المهري الى خيبر نفاها اليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا كما غرب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب انه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة هل من سبيل الى خمر فاشربها ام من سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ماجد الاعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشائخ السلوك المحققين رضي الله عنهم وحشرنا معهم يغربون المريد اذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد ومن هو قريب منه هو الذي ينبغي ان يقع عليه رأي القاضي في التغريب لان شدد في ندم وشدة وانما نال زلة لغلبة النفس اما من لم يستحي وله حال عنهم عليه لغلبة النفس فنفيه لاشك انه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه **قوله** واذا زنى المريض وحده الرجم بان كان محصنا حد لان المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة اقرب اليه وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ لان جلده في هذه الحالة قد يؤدي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل او كان خداجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الايمان انه لا بد من وصول كل شمراخ الى بدنه وكذا قيل لا بد ان يكون مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجديد الحد وظاهر انه قد يرخص اما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد ساتر جارح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تاخيره للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة المفصلين **قوله** واذا زنت الحامل لا تحد حتى تضع حملها وجلد كيلا يؤدي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة لانه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت او كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد ولو طالت في التاخير وتقول لم اضع بعد او شهد على اقرارها بالزنا فقالت انا حبلى تري النساء ولا يقبل قولها فان قلن هي حامل اجلها حولين فان لم تلد رجمها ثم الحبلى تحبس ان ثبت زناها بالبينة

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك

الى ان تلده وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن ابي حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن لها

من يربيه وتقدم في حديث الغامدية انه ردها حتى تستغني فرجعت ثم جاءت وفي يده كسرة وقالت قد فطمته وفي حديث آخر قال لها

حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال

اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقال رجل من الانصار الي رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضي انه رجمها حين وضعت

بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا اصح طريقا لان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقد يحتمل ان يكون امرأتين ووقع في

الحديث الاول نسبتها الى الازد وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة وفيه رجمها بعد ان وضعت

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود وكان الحد هو المقصود الاصلي لزم

الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم اراد تقديم حد الزنا فقدمه واعطى احكامه لانها هي المقصود وذلك بثبوت سببه

وحاصل احكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة الى مقصود

الكتاب ثابتا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود اولا فاخر المصنف تعريفه الى ان فرغ من المقاصد الاصلية وذكر ان الزنا في عرف اهل اللغة

والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا لان

في اللغة معنى الملك امر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه امرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس

لا يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك امرا مشروعا من بعث آدم او من قبل بعثه بوحي يخصه او يخص الملك

فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية او غيرها مخصوصة بالدين فان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى

في الدين والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك في انه تعريف الزنا في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد

منه بل هو اعم والموجب للحد منه بعض انواعه ولذا قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا

ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على ان فعله زنا وان كان لا يحد به فلولا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه

ولم يرد عليه شيء لكنه لما كان ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التي لا تشتهى

ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطء الرجل فالاولى في تعريفه انه وطء مكلف طائع مشتهاة حالا او ماضيا

في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره والصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل

وطء العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا فلا يصدق عليه جنس التعريف وما اجيب به من ان زناها يدخل بطريق التبعية

بسبب التمكين طوعا ان كان معناه ان لها زنا حقيقة وان ذلك التمكين هو مسمى زناها لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك

في انه لا يشمله الجنس الذي هو وطء المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة فيفسد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو

في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان اريد انها لا تسمى زانية حقيقة اصلا وان تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني

بطريق المجاز ولا حاجة الى انه تبع بل لا يجوز ادخاله في التعريف وعلى هذا كلام السرخسي والمصنف وغيرهما في مسئلة ما اذا مكنت البالغ

لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرأوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية

العاقلة المسلمة مجنونا او صبيا على قول ابي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سيأتي وبما ذكرنا يظهر فساد ما اجاب بعضهم بان فعل الوطي امر مشترك بينهما واذا وجد فعل الوطي بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هذه واطية ولذا سماها سبحانه زانية واعجب من هذا الجواب انه قال في الايراد المذكور على التعريف مغالطة والتقطيع بان وطيه ليس يصدق على تمكينها بهو بهو فاذا جعل الجنس وطيا الرجل كيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارج اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضي ان اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق انها ان كانت زانية حقيقة واريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله او تمكينها بل يجب ان يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال او خال المكلف الطائع قدر حشفة قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة او تمكينه من ذلك او تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين فذخلها

وقوله لانه فعل الى آخره تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته في الزنا اي انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد في تحقيقه من ذلك وقوله يؤيد ذلك الحديث اي يؤيد الامرين معا وذلك انه لما افاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة افاد عدمها ودرء الحد عنه حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق اولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكره في الخلافيات للبيهقي عن علي رض وهو في مسند ابي حنيفة رح عن مقسم عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات واسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم هو النخعي قال عمر بن الخطاب رض لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها بالشبهات واخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رض قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرءه ونقل عن ابن حزم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد بعد ثبوته لا يحل ان يدرأ بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها واعلها عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن ابي شيبة فانها معلولة باسحاق بن ابي فروة فاما التمسك بما في البخاري من قوله عم ومن اجترء على ما يشك فيه من الاثم اوشك ان يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فانما معناه ان من جهل حرمة شيء وحله فالورع ان يمسك عنه ومن جهل وجوب امر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل اوجب الحد ام لا وجب ان يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف في هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه ان بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع وايضا في اجماع فقهاء الامصار على ان الحدود تدرء بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وايضا تلقته الامة بالقبول وفي تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسألة فقد علمنا انه عم قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه ان يقول نعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها تركه والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذي جيء به اليه اسرقت قل لا اسرقت وللغامدية نحو ذلك وكذا قال علي رض لشراحة لعله وقع عليك وانت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك وانت تكتمينه وتتبع مثله من كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ومعلوم ان هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار وبه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار

فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وانما يسقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام

ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشاك فيه شاكا فلا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه فانما يقع الاختلاف احيانا في بعض هي شبهة صالحة للدرء او لا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية الشبهة ثلاثة اقسام في المحل والفاعل والجهة اما الشبهة في المحل فوطئ زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وامته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطئ امته المحرمة عليه برضاع او نسب او صهرية كاخته وبنته منها وامه من الرضاع وموطوءة ابيه او ابنه يجب الحد على الاظهر واما الشبهة في الفاعل فمثل ان يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا انها امرأته فلا حد واذا ادعى انه ظن ذلك صدق بيمينه واما الشبهة في الجهة فقال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء واباح الوطء بها لا حد فيها وان كان الواطئ يعتقد التحريم كالوطء في النكاح بلا ولي وبلا شهود واصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة اي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك اي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل **قوله** فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه اي من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه انه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة اصلا لفرض ان لا دليل اصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة اصلا والثانية وهي الشبهة الحكمية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته كقوله عليه السلام انت ومالك لابيك سواء ظن الحل او علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الامر علمها احد او لم يعلمها **قوله** والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث يعني قوله ادرؤا الحدود بالشبهات **قوله** والنسب يثبت في الثانية اي في شبهة المحل اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا لفرض ان لا شبهة ملك الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو امر راجع اليه اي الى الواطئ لا الى المحل وكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا نسب بهذا الوطء ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلث يثبت النسب منها لانه وطء في شبهة العقد ويكفي ذلك لاثبات النسب وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلث او خلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا ان نسب ولدها يثبت الى اقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعني لانه اذا كان لاقل من سنتين امكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامها وانت علمت في باب ثبوت النسب انها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه اما اذا ادعاه فلانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطء في العدة بشبهة والكلام هنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل احد النصين على ما هو الاولى في النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية ابيه وامه ونحوهما فانه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ان يطأ جارية ابيه وكذا جده وجدته وان علا او زوجته او المطلقة ثلثا في العدة بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهي من الحكمية او ام ولد التي اعتقها وهي في عدتها والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة في كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن في هذه بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها حرام علي وجب الحد ولو ادعى احدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة لان الشبهة

ثم الشبهة عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف

واثبت في الفعل من احد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطيها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهرا اذا وطيها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيها لم يستقر للزوج والمشتري والمالك كان مسلطا على وطيها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل متزلزل والمشتركة بين الواطي وغيره والمرهونة اذا وطيها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت انها ليست بالمختارة ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لان المانع هو الشبهة وهي هنا قائم في نفس الحكم اي الحرمة القائمة بها فيها شبهة انها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك ونحوه والاعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن ان لا يحد وفي كتاب الحدود يحد ولا يعتبر ظنه لانه استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطي جارية الميت ووجه عامة الروايات انه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود ان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستاجرة للخدمة ومقتضاه ان يجب الحد وان اشتبه الا ان ملك الغير في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن في آخر سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك مع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة هذا وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطي جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطي البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي ان يزاد جارية التي هي اخته من الرضاع وجارية قبل الاستبراء والاستبراء يفيد كغير ذلك ايضا كالزوجة التي حرمت بردتها او مطاوعتها لابنه او جماعه امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن ان يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيها قوله ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول ابي حنيفة تثبت شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد ان يطأ التي تزوجها بغير الشهود او بغير اذن مولاها وهي امة او وطي العبد من تزوجها بغير اذن مولاه قال ولو تزوج امة على حرة او مجوسية او خمسا في عقد او جمع بين اختين بوطي وقال علمت انها حرام لا حد عليه عند ابي حنيفة وعندهما يجب الحد قوله وقد نطق الكتاب لانتفاء الحل نفاه اقال فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه اي في الحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها لانه خلاف بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر لا اختلاف كائن بين الامة حال تردد الموافقة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه في اول كتاب الطلاق من ان اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر رضي الله عنه على ذلك وان الاحاديث الواردة في انها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما يعلم فيما اسلفناه

ولو قال ظننت انها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان اثر الملك قائم فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار فى العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطيها فى العدة وقال علمت انها على حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رض فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب فى سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطى جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها على حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة فى حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه

وصح عن على رض وقوع الثلاث خلاف المنقول عنه ثم لا يخفى ان ترتيب المص بالفاء بقوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل فى الكتاب اذا وقع الثلث لثبته بعد ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم فى الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص قوله ولو قال ظننت انها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان اثر الملك قائم بقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها وكذا يحرم عند نكاح اختها واربع سواها ويمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن ان يقيس حل الوطى على بعض هذه الاحكام فيجعل الاشتباه عليه عذرا فى سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطى امرأة اجنبية وقال ظننت انها تحل لى جاريتها اجنبية على ما يأتى فانه فى غير موضعه قوله وام الولد اذا اعتقها مولاها وهى فى العدة والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلثا لثبوت الحرمة بالاجماع يريد حرمته ان يطأها فى العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع فى حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان قال انت خلية او امرك بيدك فاختارت نفسها ونحوه ثم وطيها فى العدة وقال علمت انها على حرام لا يحد لاختلاف الصحابة بالكناية فمن مذهب عمر رض انها اى الكنايات رجعية وكذا عن ابن مسعود وفى مصنف عبد الرزاق ثنا الثورى عن منصور ثنى ابراهيم عن علقمة والاسود ان ابن مسعود رض جاء اليه رجل فقال كان بينى وبين امرأتى كلام فقالت لو كان الذى بيدك من امرى بيدى لعلمت كيف اصنع قال فقلت لها قد جعلت امرك بيدك فقالت انا طالق ثلث قال ابن مسعود اراها واحدة فانت احق بالرجعة وسألت امير المؤمنين عمر رض فقال ما قلت قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال فانا ارى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم نصب واخرج ابن ابى شيبة عنهما فى مصنفه انهما قالا فى البرية والخلية وهى مطلقة واحدة وهو املك برجعتها فاخرج محمد بن الحسن فى الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابى سليمان عن ابراهيم النخعى ان عمر بن الخطاب رض وعبد الله بن مسعود رض كان يقولان فى المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهى امرأته وان اختارت نفسها فهى تطليقة وزوجها املك بها ومن مذهب على فى خلية وبرية انها ثلث على ما اخرجه عنه ابن ابى شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها انها واحدة او ثلث والله اعلم وبهذا يعرف خطأ من بحث فى المختلعة وقال ينبغى كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة فى الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو فى كونه فسخا او طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فان لم يقل احد ان المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلثا بالكناية فوقعن فوطيها فى العدة عن الطلاق الثلث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف ان تحققها بقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره ابو حنيفة حتى لم يحقق النجاسة به فوجهه ان قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما ان قوله عم انت ومالك لابيك غير معمول به فى اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة تلغو فيقال مطلقة ثلث وطئت فى العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهى ما اذا وقوع الثلاث عليها بالكناية قوله ولا حد على من وطى جارية ولده وولد ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابيه حال قيام ابنه وتقدمت المسئلة فى باب نكاح الرقيق ثم فى الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجة عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذرى عن جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لى مالا وولدا وابى يريد ان يحتاج مالى قال انت ومالك لابيك واخرج الطبرانى فى الاصغر والبيهقى فى دلائل النبوة عن جابر جاء رجل الى النبى عم فقال يا رسول الله ان ابى يريد ان يأخذ مالى فقال عم ادعه الى فلما جاء قال عم ان ابنك يزعم

واذا وطى جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لى فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها على حرام حد وكذا العبد اذا وطى جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا فى الاستيفاء فظنه فى الاستمتاع محتمل فكانت شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لى والفحل لم يدع فى الظاهر لان الفعل واحد

انك تاخذ ماله فقال سله بل هو الا عمامة او قرابة او ما انفقه على نفسى وعيالى قال فهبط جبريل عم فقال يا رسول الله ان الشيخ قال فى نفسه شعرا لم تسمعه اذناه قال عم قلت فى نفسك شعرا لم تسمعه اذناك هاته فقال لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقينا ثم انشأ يقول شعر غذوتك مولودا ومنتك يافعا ۔ تعل بما اجنى عليك وتنهل ۔ اذا ليلة ضافتك بالسقم لم ابت لسقمك الا ساهرا اتململ ۔ تخاف الردى نفسى عليك وانها ۔ لتعلم ان الموت حتم موكل ۔ كانى انا المطروق دونك بالذى طرقت به دونى فعيناى تهمل ۔ فلما بلغت السن والغاية التى اليك مراما فيك كنت اؤمل ۔ جعلت جزائى غلظة وفظاظة ۔ كانك انت المنعم المتفضل ۔ فليتك اذ لم ترع حق ابوتى فعلت كما الجار المجاور يفعل ۔ قال فبكى صلعم ثم اخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب انت ومالك لابيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المص بعد هذا ويثبت النسب يقتضى باطلاقه ان يثبت نسب ولد الجارية من وطى والد سيدها وجده وان كان ولده الذى هو سيد الامة حيا فانه قال فى وضع المسئلة لا حد على من وطى جارية ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب اى من واطى جارية ولده وولد ولده لكنه انما اراد من واطى جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية ولو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حيوة الاب وما وقع فى نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابى الليث وح اذا زنى بجارية نافلته والاب فى الاحياء وقال ظننت انها على حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطة وانه سقط عليه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس ابى الليث صرح فى شرح الجامع الصغير انه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به فى الكافى وفى المبسوط ان من وطى جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم يثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك فى حيوة الاب ولكن ان اقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم انه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطى ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهى البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان فى حيوة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة اشهر فهو مصدق فى الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب فى الولاية فله ان ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد

قوله واذا وطى جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لى فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها على حرام حد وكذا العبد اذا وطى جارية مولاه لقيام الوطى الخالى عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كما لو وطى جارية اخته او عمته على ظن الحل وكذا اذا وطى جارية مولاه فقال ظننت حلها لا يحد وان قال علمت حرمتها حد لان بين هؤلاء اى بين الانسان وبين ابيه وامه وزوجته والعبد وامة سيده انبساطا فى الانتفاع فظن ان معه الاستمتاع بخلاف ما بين الانسان واخيه وعمه على ما يأتى فكان شبهة اشتباه الا انه زنى حقيقة فلا يحد قاذفه قوله وكذا الجارية اى اذا قالت الجارية ظننت ان عبد مولاى او ابن مولاى او مولاى يحل لى او زوج سيدتى وكذا فى الاخريين والفحل لم يدع ذلك لا يحد فى ظاهر الرواية لان الفعل واحد وروى الحسن عن ابى حنيفة انه يحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت فى التبع وهى المرأة لانها تابعة للزنا فلا تكون متمكنة

وان وطی جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لی حد لانه لا انبساط فی المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوی الولاد لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضی بذلك علی رضی الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار فی موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها فی اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا فی رواية عن ابی يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة علی فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الی دليل وهذا لانه قد ينام علی فراشها غيرها من المحارم التی فی بيتها وكذا اذا كان اعمی لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا كان دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل

فی الاصل بخلاف ثبوتها فی جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت فی الاصل يستتبع التبع واجيب بان النقص لما كانت واشد النسبة اليها كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه واورد عليه ما زنی البالغ بصبية يحد هو دونها اجيب بان سقوط الحد عن الصبية لا لشبهة فی الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحد عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست اهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت فی الفعل نفت الحد عنه فيه واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولده لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده **قوله** فان وطی جارية اخيه او عمه ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وقال ظننت انها تحل لی حد لانه لا شبهة فی الملك ولا فی الفعل لعدم انبساط كل فی مال الآخر فدعوی ظنه الحل غير معتبرة ومعنی هذا انه علم ان الزنی حرام لكنه ظن ان وطئه هذه ليس زنی محرما فلا يعارض ما فی المحيط من قوله شرط وجوب الحد ان يعلم ان الزنا حرام وانما يفيد مسئلة الحربی اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنی وقال ظننت انه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله اول يوم دخل الدار لان الزنا حرام فی جميع الاديان والملل لا يختلف فی هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعی مسلم اصلی انه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد لو اراد ان المعنی ان شرط الحد فی نفس الامر علمه بالحرمة فی نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوی او غير صحيح لان الشرع لما اوجب علی الامام ان يحد هذا الرجل الذی ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب فی نفس الامر لانه لا معنی لكونه واجبا فی نفس الامر الا وجوبه علی الامام لانه لا يجب علی الزانی ان يحد نفسه ولا ان يقر بالزنا بل الواجب عليه فی نفس الامر بينه وبين الله تعالی التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد علی الامام هذا واورد انه لو سرق من بيت اخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر ان بينهما انبساطا اجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخول بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفی معنی الحرز فانتفی القطع اما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهة وهو ثابت هنا **قوله** ومن زفت ای بعثت اليه غير امرأته وقال النساء هی زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر وهذه اجماعية لا نعلم فيها خلافا ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشائخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطی ولا يثبت من الوطی عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء هی زوجتك دليل شرعی مبيح للوطی فان قول الواحد مقبول فی المعاملات ولذا حل وطی الامة اذا جاءت الی رجل وقالت مولای ارسلنی اليك هدية فان كان دليلا غير صحيح فی الواقع اوجب الشبهة التی يثبت معها النسب علی معرفة العدة **قوله** ولا يحد قاذفه الا فی رواية عن ابی يوسف فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطی لانه وطئها علی انه نكاح صحيح معتمد دليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطيا حلالا ظاهرا واجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر بقی الظاهر معتبرا فی ايراث الشبهة فبها سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضی كونها شبهة محل لان فی شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه اشكل عليه ثبوت النسب واطلقوا ان فيها لا تثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضی انه لو قال علمتها حراما علی لم يحد ويحد قاذفه والحق انه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر فی شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضياه ثبوت الملك كجارية ابنك ومالك لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير انه مستثنی من الحكم المرتب عليها اعنی عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من احكام الشبهتين **قوله** ومن وجد امرأة علی فراشه فوطئها فعليه الحد خلافا للائمة

ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله لكنه يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات

الثلاثة مالك والشافعي واحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا ان المسقط شبهة وهنا اصلا سوى ان وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من حبائبها الزائرات وقراباتها فلم يستند الظن الا الى هذا لانه قد ينام على الى ايصح دليل حل فكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلا لا فوطئها فانه يحد قال وكذا اذا كان اعمى ان الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه وتمييزه يحصل بالنغمة والحركات المالوفة فيحد ايضا الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل وجازت به النغمة خصوصا لو لم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت انا زوجتك لانها لو لم تقل بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز باكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في الطمأنينة النفوس الى انها هي **قوله** ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامه وابنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هي اشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعي اي ابو يوسف ومحمد والشافعي ومالك واحمد يجب حده اذا كان عالما وكان يجب ان يوسط الضمير المنفصل فيقول فقالا هما والشافعي لما عرف ان العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا ان يفصل بضمير منفصل او غيره على قول والا فشاذ ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع او صهرية متفق عليه واما غير ذلك ففي الكافي للحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقة الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج امة على حرة او تزوج مجوسية او امة بلا اذن سيدها او تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد وفي بعض الشروح اراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة واخت المرأة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد او الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذه لا يجب الحد عند ابي حنيفة رحمه الله وان قال علمت انها علي حرام وعندهما يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال لكنهما قالا فيما ليس بحرام على التابيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح في محل الخلاف فعندهما يحد واضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحريم على التابيد لكن قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية ونحوها لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا ... حتى يجب ... حرام فقط وهذا هو الذي عندهما ... ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما انه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غيره ذلك قال مثل ان يتزوج مجوسية او خامسة او متعة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها

ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود فكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

فدخل بها قال لا حد عليه وان علم ... عليه ايضا ويوجع عقوبة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم في المرأة التي يتزوجها في سقوط الحد على قول ابي حنيفة ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الاصول ... وفي مسألة المحارم رواية عن جابر رضي الله عنه انه تضرب عنقه ونقل عن احمد واسحاق واهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ما اذا كانت امرأة ابيه فقط لحديث الآتي عن ... ولا حد بضرب عنقه في رواية اخرى ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له اين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة ابيه ان اضرب عنقه وآخذ ماله وهذا الحديث رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن روى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه واجيب بان معناه انه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب العنق واخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة ابيه ان يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على انه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك انه ذكر في الحديث عرس بها والتعريس بها لا يستلزم وطئه اياها وغير الوطء لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يخلو من نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جائزا كونه لوطئه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بانه ايضا لا يتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على احدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا جاز فيه احد الامرين انه للاستحلال او امر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القائل بالحد انه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ اهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة كما لو اكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف ان هذا العقد يوجب شبهة ام لا فعندهم لا لما ذكر وعند ابي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على انه ورد على ما هو محله او لا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست بقبول الحل بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وتابل ييسر نظيره انهم لم يتواردا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها ارادوا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد اي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو من حيث اثبت محليتها اراد محليتها لنفس العقد الا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده فان قلت فقد اطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح انثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب ان المراد نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وانت علمت ان ابا حنيفة انما اثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في ان اي الاعتبارين في ثبوت المحلية اولى لكونه قابلا للمقاصد او كونه حلالا ان نظرنا الى المعنى وهو ان الاصل ان يتبع المحل قيام الحاجة لتندفع به وهو المقصود ترجح قوله او الى السمع اعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع انما انما فيها عدم الحل ترجحا وقد رجح قول ابي حنيفة رحمه الله بقوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر

ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شئ مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء

بما استحل من فرجها حكم بالبطلان ثم اوجب المهر وهو يسقط الحد بالاتفاق لكونه نعتبره على ظاهره لضرورة انا ولينا احدهما اتأويل الى البطلان باعتراض الولي ان كان غير كفو والآخر تخصيصه بما اذا لم تكن المرأة ولية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فانه باطل على ظاهره وهو اقرب التأويلين لقدرة النسخ ولى السبب عدم كفارة من تزوجت المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بانه يدخل لكن في الامة قال المصنف على قولهما ولعل وجه ان تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حله ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب في دفع بان من المشائخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة لكونه يتبع وجود الحل من وجه وهي منتفية في المحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فما له شبهة الثبوت لوجه من الوجوه الا ترى ان ابا حنيفة الزم عقوبة باشد ما يكون وانما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف انه زنى محض عنده الا ان فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومع شبهة العقد ما اذا استأجرها ليزني بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقالا هما والشافعي ومالك واحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استأجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا ولان المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة يكون محلا لعقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستيجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطي والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال امهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد وهذا لو قال استأجرتك او خذي هذه الدراهم لاطأك والحق في هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى لعارضه كتاب الله الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يفيد ان فعل الزنا مع قوله ازني بك لا يحد معه للفظ المهر معارض له **قوله** من وطئ اجنبية فيما دون الفرج بان اولج في سخانها بطنها ونحوه ليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الآتية يعزر لانه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله ما اذا اتت امرأة امرأة اخرى فانهما تعزران كذلك **قوله** ومن اتى امرأة اي اجنبية في اي دون الفرج في الموضع المكروه اي دبرها او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان او غير محصن سياسة اما الحد المقدر شرعا فليس حكما له فقالا هو كالزنا وبه العبارة تفيد اعترافهما بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا ان لم يكن محصنا ورجما ان كان محصنا وذكر في الايضاح ان الخلاف في الغلام اما لو وطئ امرأة في دبرها حد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او زوجته بنكاح صحيح او فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وامته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة في الجنة اي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا يكون وان سمعا فقد جاز ان تكون والصحيح انها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من احد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها وقال الشافعي في قول يقتلان فمنى وجه بالسيف بكل حال اي بكرين كانا او ثيبين وفي وجه يرجمان بكل حال وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر وهو الصحيح من مذهبه يحد جلدا وتغريبا ان كان بكرا ورجما ان احصن وجه القتل ما رواه ابو داؤد والترمذي وابن ماجة عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذي انما نعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه السلام من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحاق

وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عندهما لما بينا

عن عمرو بن ابي عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة عنه عم قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفي اسناده فقال ولا نعلم احدا رواه عن سهيل بن ابي صالح غير عاصم بن عمر العمري وهو يضعف في الحديث من قبل حفظه وباسناد السنن رواه احمد في مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخاري عمرو بن ابي عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائي ليس بالقوي وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عم اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد اخرج له الجماعة واخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه وتعقبه الذهبي بان عبد الرحمن العمري ساقط واذا كان الحديث بهذا الشأن من التردد في امره لم يجز ان يقدم به على القتل مستمرا على انه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل ابلغ حرمة وتضييعا للماء لان الحرمة قد تنكشف بالزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواطة فيهما فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابي حنيفة انه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حده وذلك لان الصحابة اختلفوا في موجبه فمنهم من اوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من نكسه من مكان مرتفع مع اتباع الحجارة فلو كان زنا في اللسان او في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم في موجبه وهم اهل اللسان اول دليل على انه ليس من يسمى لفظه الزنا لغة ولا معناه واما الاستدلال بقول القائل من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء فلعدم معرفة من نسب اليه نعم وقول من قال ان اهل اللغة فرقوا بينهما حيث قال قائلهم من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء غلط وذلك انه ليس لعربي بل هو من شعر ابي نواس كان مولدا لا يثبت اللغة بكلامه في قصيدته التي اولها دع عنك لومي فان اللوم اغراء ٭ وداوني بالتي كانت هي الداء ٭ وهي قصيدة معروفة في ديوانه مع انه ينبغي للشريعة عن اشاده تطهير كتبنا وايضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم في الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعته اذ من حيث هو اضاعته يجوز العزل بل لافضائه الى اضاعة الولد الذي هو اهلاك معنى فان ولد الزنا ليس له اب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيثبت على سوء الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا لينقص به وينفعه ويتثبت من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواطة وكذا هو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي في الجانبين على الاستمرار بخلاف الزنا المتحقق من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لقدرة وقوع الزنا بصبية لا تشتهى اصلا اذ قل ما يكون ذلك ولا عبرة بأوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا ان لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان في المساوي من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجر اقوى وقد لا الا حياء وعقاب الآخرة واما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن ابي الدنيا ثنا عبد الله بن عمر ثنا عبد العزيز بن ابي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر ان خالد بن الوليد كتب الى ابي بكر انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع ابو بكر رضي الله عنه الصحابة فسألهم فكان من اشدهم في ذلك قولا علي رضي الله عنه قال هذا ذنب لم تعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما علمتم نرى ان نحرقه بالنار فاجتمع رأي الصحابة على ذلك قال ورواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللوطية قال ينظر اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقي ايضا من طريق

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود في دار الحرب

ابن ابي الدنيا وكان ماخذ هذا ان قوم لوط اهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهدم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يجلسان في انتن المواضع حتى يموتا نتنا واما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى اتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين فمدفوع بان الفاحشة لا تختص لغة بالزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف انه يعزر لما بينا اي من انه منكر ليس فيه شئ مقدر قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه وكذا اذا زنى بميتة لان الزجر انما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق لبعضهم ذلك بغلبة الشهوة فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه قوله ولهذا لا يجب ستره في البهيمة الا انه يعزر لما بينا انه منكر ليس فيه تقدير شرعي ففيه التعزير والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت فيتاذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهي مما لا تؤكل ضمن قيمتها ان كان لملكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كانت مما تؤكل اكلت وضمن عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا تؤكل والمراد بالمروي ما رواه اصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه عنه عليه السلام من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها قيل له ما شان البهيمة قال ما اراه قال ذلك الا انه كره ان يؤكل لحمها او ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس رض هذا هو التمسك لابي يوسف في عدم اكلها الا ان المعنى الذي عينه الاصحاب من قطع التعيير اقرب الى النفس رواه ابن ماجة عن ابراهيم بن اسماعيل عن داؤد بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن ابي عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا واما ابراهيم بن اسماعيل بن ابي حبيبة فقال احمد ثقة وقال البخاري منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف ابو داؤد هذا الحديث بطريق آخر وهو انه روي عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذي ياتي البهيمة حد وهو الذي روى عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتلها وقتل فاعلها ومحال ان يروي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القتل ثم يخالفه وكذا اخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي هذا اصح من الاول ولفظه

من اتى بهيمة فلا شئ عليه اخرجه الحاكم حديث عمرو بن ابي عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد قوله ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا فاقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد وعند الشافعي ومالك رحمهما الله يحد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اينما كان مقامه قلنا سلمنا انه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضي فيقضي باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه ان يقال وجب على الامام الاقامة على الزاني مطلقا اينما كان زناه حتى نقول امتنع بالنص وهو قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه في دار الحرب ولا وجوب لا يعرى عن الفائدة لان المقصود الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب على وجوده فلم ينقلب موجبا له حال عدمه واما الحديث المذكور وهو قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب لم نعلم له وجودا وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى او سرق

ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيها فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة

فى دار الحرب اصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله اعلم به وعن الشافعى قال قال ابو يوسف ثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود فى دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو وقال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير عن عمر بن الخطاب رضه كتب الى عمير بن سعد الانصارى والى عماله ان لا يقيموا الحدود على احد من المسلمين فى ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة قال الشافعى ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وانت تعلم ان هذا نوع انقطاع ومعتقد ابى يوسف انه داخل فى الارسال وان حذف الشيخ لا يكون من الحدل المجتهد الا للعلم بثقته ولا يضر على مبنى المرسل شىء من ذلك بعد كون المرسل من ائمة الشان والعدالة وهذا الاثر رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه ثنا ابن المبارك عن ابى بكر بن ابى مريم عن حكيم بن عمير وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان ان يلحق بالكفار انتهى اثر آخر رواه ابن ابى شيبة ايضا ثنا ابن المبارك عن ابى بكر بن عبد الله بن ابى مريم عن حميد بن ابى عتبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على احد حد فى ارض العدو واخرج ابو داؤد والترمذى والنسائى عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدى فى السفر انتهى ولفظ الترمذى فى الغزو وقال الترمذى حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعى يرون ان لا يقام الحد فى الغزو بحضرة العدو مخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام اقام عليه الحد واعلم ان مع الاوزاعى احمد واسحاق فمذهبهم تاخير الحد الى القفول وبسر بن ارطاة ويقال ابن ابى ارطاة اختلف فى صحبته قال البيهقى فى المعرفة اهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبى صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بسر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقى وذلك لما اشتهر من سوء فعله فى قتال اهل الحرة انتهى فلو انه سمعه منه عرم لا تقبل رواية من رضى ما وقع عام الحرة وكان من اعوانها والحق ان هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب العمل معللة بمخافة لحاق من اقيم عليه باهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله فى الآثار المتقدمة حتى تخرجوا الى ارض المصالحة انه يقيم حد الزنا الذى كان فى دار الحرب بل انه اذا وصل الى ارض المصالحة ثم زنى يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا اظهر احتمالين الاول ولو سلم احتمالها على السواء فلا يترجح الثانى وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انها معارضة بما اخرجه ابو داؤد فى المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت ان النبى صلى الله عليه وسلم قال اقيموا حدود الله فى السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا فى الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول فى السنن فلا شك فى عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وايضا معارض اطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان اجيب بانه عام خص منه موضع الشبهة فهو مدفوع بان الزنا نفسه ماخوذ فيه عدمها فانه الوطى فى غير ملك وشبهته فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار مخصصا اولا واما الدليل العقلى المذكور فعليه ان يقال لا نسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا فى الوجود يوجب ان لا فائدة فى الايجاب انما ذكر لو عجز مطلقا فجاز ان يثبت الوجوب فى الحال معلقا فى القدرة قلنا يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه ان يقال فجاز ان يثبت فى الحال تعليق الايجاب بالقدرة اى اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم فى الحال وموجود عند تحقق القدرة فى الآل لان المعلق بالشرط كذلك وحاصله ان هذا المعنى ممكن لكن اين دليله فان الآيات انما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم ان القدرة

واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وقال ابو يوسف رحمه الله يحدون كلهم وهو قوله الآخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجته كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل الحربي المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمه الله لا تحد

شرائط التكاليف فنعلم انتفاء مقتضاه ان الزاني في دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب حال زنى الزاني في دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تخييره فان اجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة انه اذا رجع الى دار الاسلام اقامه دفع بانه معارض بحديث مراسيل ابي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وايضا قد يقال عليه لا نسلم ان حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب اصلا وفرض المسئلة انه زنى في دار الحرب ثم اقر عند القاضي بعد الخروج او شهد به عليه في غير تقادم وعند مالك هو قادر فيتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله اعلم قال ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه بخلاف ما لو خرج من العسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى العسكر لا يقيمه ويفيد انه لو زنى بالعسكر والعسكر في دار الحرب في ايام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية اما امير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم يفوض اليهما الاقامة

قوله واذا دخل حربي دارنا بامان وهو المستامن فزنى بذمية الخ حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة او الذمية فعليها الحد دون الحربي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة اقوال قول ابي حنيفة يحد المزني بها المسلمة والذمية وقال محمد لا يحد واحد منهم وقول ابي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستامنة لا يحد واحد منهما عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم او الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحدان جميعا والاصل ان عند ابي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند ابي يوسف يجب الكل الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد فاختلفوا في حد الزنا والسرقة عند ابي يوسف يجب وعندهما لا وجه ابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه ابي حنيفة ومحمد انه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا ان نمكن من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستيمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات بل ما يرجع منها الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد غير انه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف كف الاذى اذ قد التزمنا له بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه اما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه قد منعنا من استيفائه عند اعطائه الامان بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا اذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهد ذمي ولمحمد رحمه الله وهو الفرق بين المسلم او الذمي اذا زنى بمستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا زنت بمستامن لا يجب الحد عنده عليها ان الاصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على ما سنذكر فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه

قال: وإذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد

في حق الاصل اي دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية او مجنونة يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي او المجنون لا تحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا امكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل المستأمن زنى لكونه مخاطبا بالحرمات لحرمة الكفر والزنا في حق احكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين الا انه امتنع حده لان اقامته بالولاية وما التزم الولاية ومندفعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحد هي لان المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيا او مجنونا لانهما ليسا مخاطبين فلم يكن فعلهما زنى فلم تمكن من الزنا ونظيره المزني مكرها بمطاوعة تحد المطاوعة عند ابي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد قوله واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو اي قول زفر والشافعي رواية عن ابي يوسف وهو قول مالك واحمد وان زنى صحيح اي عاقل بالغ بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فهكذا العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله وقد فعلت ما هي به زانية لان حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بآلته وقد وجد الا ترى انه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا بذلك وهو يدل على انها زانية حقيقة كونها تحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب ولنا ان فعل الزنا انما يتحقق منه لان اهل اللغة اخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة وانما هي محل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا وهي موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجاز التسمية للمفعول باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق اي مرضية ومدفوق لكونها مسببة لزنى الزاني بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من فعل هو زنا والزنا فعل من هو منهي عنه ومؤثم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد وعلى هذا لو قلنا انها بالتمكين صح زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور ان يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بانه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطء المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا اولا فالجواب ان تسميتها زانية حقيقة او مجازا كونه بالتمكين من الزنا انسب من كونه ما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثل هذا لكن بقي ان يقال كونها الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفة قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لا اعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب ان هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لان قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام اهل اللغة انهم لا يسمون فعل المجنون زنا واحتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا تحد به والله اعلم وما ذكرناه يشد قع

قال ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً يحد وهو قول زفر لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لأن سببه الملجئ قائم ظاهراً والانتشار دليل متردد لأنه قد يكون من غير قصد لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فأورث شبهة وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع

فإن قيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عليها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا بل زنى بك مجنون أو صبي كما أنه استفسر ماعزا فقال أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لأنها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى للاستفسار عن ذلك بخلاف ماعز فإنه استراب أمره على ما تقدم ولذا سأل الغامدية أبك جنون مع أنها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها فأورد أنه ينبغي أن يجب العقر على الصبي والمجنون لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما إما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب أجيب بالفرق وهو أن الإيجاب عليه هنا لا فائدة فيه لأنا لو أوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لأنها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك بسبب أمرها فلو لم يرجع عليها في نفسها فلا يفيد الإيجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم أمرها في المكرهة وعدم الأمر أصلاً فكان الإيجاب مفيداً وأما إيراد القاعدة أن كلما انتفى الحد عن الرجل ينتفي عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكرهة بالطائعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة إلى الإيراد ثم تكلف الدفع **قوله** ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولا يقول يحد وهو قول زفر رحمه الله قال يحد لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد الانتشار الآلة وهذه آية الطواعية فاقترن بالإكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله إياه غير مكره فيبطل أثر الإكراه السابق ووجب الحد بخلاف إكراه المرأة على الزنا فإنه التمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا يحد إجماعا ثم رجع أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره أيضا لأن السبب الملجئ إلى الفعل قائم ظاهرا وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل لأنه يكون ... وقد يكون لم يتسفل إلى الفحولة ... من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الإكراه إلى المحتمل فإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة لعدم تحقق الإكراه من غيره فكان مختارا إلى الزنا ولذا عند زفر أحد لأنه وإن تحقق الإكراه من غير السلطان عندهما لكن قال الانتشار دليل الطواعية إلى ما ذكرناه آنفا قال الانتشار لا يستلزم الطواعية إلى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشايخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن أبي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الإكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على إيقاع ما توعد به **قوله** ومن أقر أربع مرات هذا على وجهين أحدهما أن يقر الرجل في أربع مجالس أنه زنى بفلانة حتى كان إقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني والآخر أن تقر هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وإن كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لا مهر لها لدعواها الزنا لأنه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما وإن اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقر أو عقر فلزم لها المهر وإن ردته إلا أن تبرئه منه واعلم أن وجوب المهر إنما هو فيما إذا كانت الدعوى قبل أن يحد المعترف فإن حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لأن الحد لا ينتقض بعد الإقامة ثانيهما أن تقر أربعا لذلك أنه زنى بفلانة وقالت

ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابى يوسف رح انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه فى العين كما فى هبة المسروق لا فى منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر فى المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت فى الجثة العمياء وهى عين فاورثت شبهة

فلانة ما زنت به ولا اعرفه او اقرت هى بالزنا اربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر بالزنا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى واحمد يحد المقر لان الاقرار حجة فى حق المقر وعدم ثبوت الزنا فى حق غير المقر لا يورث شبهة العدم فى حق المقر كما لو كانت غائبة وسيأتى ولابى حنيفة رح ان الحد انتفى فى حق المنكر بدليل موجب للنفى عنه فاورث شبهة الانتفاء فى حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما اقر بالزنا مطلقا انما اقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما اقر فيه فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو اطلق وقال زينب فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعى يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف فى حقها بدليل يوجب النفى وهو الانكار حتى لو حضرت واقرت اربعا حدت فظهر ان الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا انكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه فاذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغى ان لا يجب الحد على الرجل فى هذه الصورة عندهما كما فى صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما فى المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار اصل الفعل اولى قلنا خصصنا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل بحديث سهل بن سعد فانه روى ان رجلا اقر بالزنا بامرأة فانكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داؤد وفى شرح الطحاوى ولو لم تدع المرأة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا **قوله ومن زنى بجارية فقتلها** اى بفعل الزنا فانه يحد وعليه قيمتها وانما قيده بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا

... لا يحد ذكره بلفظ حتى تقييدا انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه فى الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد رح لم يذكر فى الكافى خلافا وانما نقل الفقيه ابو الليث خلافه فقال ذكر ابو يوسف فى الامالى ان هذا قول ابى حنيفة خاصة وفى قول ابى يوسف لا حد عليه وحين نقل قوله خاصة ذكره فى المنظومة فى باب قول ابى يوسف على خلاف قول ابى حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول ابى حنيفة وبه قال الشافعى واحمد رح لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال ابو يوسف هذا قول ابى حنيفة خاصة لان محمدا كان فى حداثة تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهما انه ضمان قتل وجه ابى يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزانى بسبب قتله سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها او ملكها بالفداء بان زنى بجارية جنت اليه فدفعت اليه بالجناية او بالشراء او النكاح انه لا يحد فى ذلك كله وعند ابى حنيفة يحد فى الكل وقال ابو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء او النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابى حنيفة انه زنى وجنى فيؤخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب فى ثلاث سنين

قال وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحد حق الله تعالى وإقامته إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين، والقصاص والأموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

على العاقلة ولا يجب بالغصب، بالغت وهو إنما يوجب الملك لأن محل الملك المال والدم والدم ليس بمال ثم تنزل فقال حاصله لو فرض أن الضمان أوجب الملك لكان يوجب في العين القائمة لأنه يثبت بطريق الاستناد والاستناد إنما يظهر في القائم دون الفائت ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائماً ثم إنما يثبت بشبهة قيام المنافع فيثبت شبهة حكما فلم يظهر الملك فيه ولا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فإن شرط إقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وآل هذا التقرير إلى أن الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع فإنها كانت ثابت شبهة ملك العين لا حقيقة وبحقيقته لا تثبت شبهة ملك المنافع فإذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل تظهر في تقرير المصنف المنزل من الساهل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث يجب قيمتها ويسقط بها الحد لأن الملك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة أي في ملك المنافع تبعاً فيندرئ عنها الحد أما هنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لأنا نقول المستند يثبت أولاً ثم يستند فاستند هي ثبوت لمحل حال الأولية وهو منتف وثمرته أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فإن قيل ينبغي أن لا يجب الحد لو تم ملك المقتول لأن بعض القيمة لا بد أن يصير بإزاء منافع البضع التي يجب الحد لأجلها فيجب أن لا يحد وإلا وجب ضمانان بإزاء مضمون واحد أجيب بأنه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوله الجراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بإزائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عنده هم جميعا [illegible]

وفي جامع قاضي خان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق قوله وكل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام مما يجب فيه الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة لا يؤاخذ به إلا القصاص والمال فإنه إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به لأن الحد حق الله تعالى وهو المكلف بإقامته وتعذر إقامته على نفسه لأن إقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه وفائدة الإيجاب الاستيفاء فإذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره وإن احتاج المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيداً أو المغلب في حد القذف حد الشرع فكان كغيره من الحدود وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لا أنه شرط وأورد عليه بأن المانع من أن يولي غيره ليحكم فيه بما يثبت عنده كما في الأموال غير أنه إذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق العبد استوفاه العبد أو حق لله استوفاه ذلك النائب وقيل لا يخلص إلا أن الآدمي

الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما فيعلم أن المخاطب بالجلد الإمام أن يجلد غيره والله أعلم وقد تعالى أن دليل الإيجاب الاستنابة والله سبحانه أعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنه قدم أن الحد يثبت بالبينة والإقرار وقدم كيفية الثبوت بالإقرار ووجوده فثبت منه بالبينة لأن البينة ما ثبت بالإقرار أندر نادر لضيق شروطه المقتضي للإعدام وهو أن يرى ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة والظالم يثبت

قال وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والأصل أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر وإنما شرطت للمال ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما

حد الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم بالبينة فإنهم كلهم لم يحدوا إلا بالإقرار فقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده وعند الصحابة **قوله** وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة فقوله متقادم إسناده في الحقيقة إلى ضمير السبب أي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهد وا بحد تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يمنعهم الخ جملة في محل جر لأنها صفة النكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو في بعض الأمكنة ونحوه من الأعذار التي لظهورها ما تقدم من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادة مفيدة وهي قوله في الجامع الصغير إذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ثم قال فإن أقر بها بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لا يؤخذ به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا وذلك ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره الأصل أن الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وفي العبارة تساهل مشهور فإن الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة في الحدود القائمة والإقرار بها أربعة مذاهب الأول رد الشهادة بها وقبول الإقرار بها سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا وهو قول محمد والحسن وأبي يوسف الثالث قبولها وهو قول الشافعي ومالك بكل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة الرابع ردها نقل عن ابن أبي ليلى ويقال لم يعقل الفرق ولهم قول الشافعي في الآخر بالحاقه بالإقرار لأنهما حجتان شرعيتان يثبت كل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وكحقوق العباد ولنا ما ذكر أن الشهادة بحد متقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة لما في الموطأ عن عمر لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أي متهم وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الأصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين الستر احتسابا لقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث وفي ذلك والشهادة به احتسابا لمقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فكل الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي وإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين إما الفسق وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عليه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركته حدوث عداوة بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة إذ الإنسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فيتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فإن قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فما يرجع إلى الحد لا يشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله وباعتبار المال يشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما بل لا ينفك عن الأمرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود

ولهذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا يقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيما انه اذا شهدوا بها على الانسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود به عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد التي لا تصح وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال ان يكون سرق ملكه الذي كان عنده او ملكه اياه فلانه من تضمين الشهادة بسرقة الشهادة بهلاك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان توقفت قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا اخر ردناه في حق الحد لا المال بل الزمناه المال بخلاف ما اذا كان ... والايستافي بالحد لان الثابت هناك شبهة الشبهة فلا تعتبر وبشبهة السرقة لا يثبت اصلا الا لثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال ان يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليست شبهة بل حقيقة لمبرء بخلاف دعواه النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله اعلم واجاب ثانيا بان بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله سبحانه وتعالى اقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة اديرت على السفر فلا يلتفت بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم ولا يخفى ان رد الشهادة بالتقادم للتهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل احد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حق الله تعالى ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لان المشقة امر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة فيه فينيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة الى الانضباط ولا حاجة فيما نحن فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتاخيرهم ومع هذا لا تقطع بل يضمن المال فالجواب انما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليه ما لم يكن فاذا المدعي على ما قال قاضي خان انما لم تقطع في السرقة بعد التقادم لا للتهمة في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا اخر فقد اختار الستر فلم يبق حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضي بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة تقضي بالمال دون القطع انتهى فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان بتاخير الشهود الشهادة لتاخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة او الواو والا تاخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم لعله باعلامهم او لغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله فلان السرقة تقام على الاستمرار على غيره من المالك فيبطل على الشاهد باعلامه وبالكتمان يصير فاسقا انما يقتضي ان ترد في حق المال ايضا للفسق لكن ما ذكر من انهم اذا شهدوا بعد التقادم يثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه تقتضي فيما اذا لم يكن التاخير لعدم تاخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور

لا تقبل

قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه وهو قول زفر قول الائمة الثلاثة لان التاخير بعذر هربه وقد زال العذر ولنا ان الامضاء الى الاستيفاء من القضاء في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابة تعم الحاكم في استيفاء حقه فاذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء وهو هنا اذا لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ بخلاف

واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رح وابو حنيفة رح لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رح انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رح وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

ن حقوق غيره تعالى فانه فيها الاعلام من له الحق بحقيقته وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنها فانما هو في حقوقه تعالى استيفاؤه
واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بغير حقه اجماعا وبالتقادم لم تبق
الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت
القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعنده هو بالنظر الى انتفاء من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا
ثم غابوا او ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم
انما يبطل في ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فالتفاق تقادم اسبب   تقدار
بلا توان منهما لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان ردها انيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه انيط بتقادم
عن توان من الشاهدين والا فممنوع ونذكر فيما يلي هذه المقولة زيادة فيه ان شاء الله تعالى **قوله** واختلفوا في حد
التقادم اشار محمد في الجامع الصغير الى انه ستة اشهر حيث قال شهدوا بعد حين لو حمل على
عدم النية ستة اشهر على ما تقدم في الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وابو حنيفة لم يقدره قال ابو يوسف جهدنا
بابي حنيفة رح ان يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم
وما لا يعد تفريطا غير تقادم واحوال الشهود والناس تختلف في ذلك العرف فانما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة
فيها تأخير فنصب المقادير بالرأي متعذرة وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل على ما في مسألة الحلف ليقضين
دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو الاصح وذكر
هذه الرواية عنهما في المجتبى وقال ابو حنيفة لو سأل القاضي الشهود متى زنى فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا
او اكثر درئ عنه قال ابو العباس الناطفي فقدر على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد وهذا اعني كون الشهر
فصاعدا يمنع قبولها اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم بعد الشهر لان المانع بعدهم
عن الامام فلم تتحقق التهمة فقد نيط في هذا التقادم الا بتحقق التهمة فيه وعدمه وهو مخالف ما ذكره من قريب انه بعد ما
انيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد الا ان يقال اذا كان المانع البعد او المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية
حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط بل هو ما لم يكن هذه الموانع من الشهادة ويجاب بان هذا رجوع في المعنى
الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه احد الامرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير
شرب الخمر اما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما
وستأتي هذه ان شاء الله تعالى **قوله** واذا شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وهي غائبة فانه يحد اجمع الائمة الاربعة
عليه وكذا الواقر بالزنا بغائبة يحد الرجل لاجماعهم لحديث ماعز فانه اقر بغائبة على ما تقدم وذكرها ورجمه عم ونقل الليث
عن ابي حنيفة انه كان يقول اولا لا يحد حتى تحضر المراة لاحتمال ان تحضر فتدعي ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع

وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهي الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما

الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول فان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرأة لا يقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين واحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز ان يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت في كل منهما شبهة الشبهة اجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو وان ... ليس ... بل ... فاحتماله هو الشبهة وانما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتمال شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فاعتباره باطل والا ادى الى نفي كل حد فان ثبوته بالبينة او الاقرار والذي يثبت به يحتمل ان يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل ان يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجهه ان شبهة الشبهة ان نفس رجوع المقر واثبات به شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع شبهة الشبهة **قوله** وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر انها امرأته وامته فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا امتي لم يحد ايضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد واما ما قيل ولو كان اقرارا فهو لا يقام الحد بقتضى انه لو قال اربعا حد وليس كذلك وان اقر انه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امرأته فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا فرع عليها انها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم اعرفها اي باسمها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز ان يشتبه على من يشهد عليه فكان قوله لا يعرفها ليس مسقطا للحد **قوله** وان شهد اثنان حاصلها انه شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة الا ان رجلين قالا استكرهها واخرين قالا طاوعته فعند ابي حنيفة يدرأ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم اي الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي بعضها لاتفاقهما اي الفريقين وعليه قوله وتفرد احدهما بزيادة جناية اي تفرد احد الفريقين بزيادة جناية منه من الاكراه وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا فيه فتعارضوا فعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة او مجنونة ولابي حنيفة انه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل اي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من ان تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تاثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به اورث اختلاف المشهود عليه واختلاف القول من اقوى الشبهة انتهى ولا يخفى ان المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم

ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة ووجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

الشهادة على اثنين او واحد او يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك ان الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وبوجوب الحد عنده فلا فائدة لابي حنيفة رح في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا اثر له ولا يفيد في المقصود فائدة يعتد بها وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرض ان كان التقدير هو طواعيتها غير ثابت فانما هو امر مفروض فرضا لا فائدة فيه اصلا ولهذا اهمل شارح لفظة عليه على انه وعليه اقتصر في الكافي فقال وله ان المشهود ... في حد ... بين الدين بها الاختلاف لنصاب الشهادة فلا يجب شيء وهذا لان الزنا فعل ... يقوم بها وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني ان الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة اربعة وقول المصنف يقوم بها لا يريد قيام العرض بعد فرض انه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه ان وجوده بها **قوله** ولان شاهد الطواعية لما اندرئ الحد عنها صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم فكان مقتضاه ان تحد احد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقط شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف تحتاج اليه عندهما على ما ذكره في جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود وعند ابي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم من كونه قذفا كما في المسئلة التي تلي هذه واما عندهما فلان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الاكراه اسقطا الى آخر ما ذكرناه **قوله** وان شهد اثنان اي شهد اربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا انه زنى بها بالكوفة والآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة ولم يتم على كل منهما نصاب الشهادة وهو الشهادة اربعة ولا يحد الشهود للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يكمل صار كلامهم قذفا كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتم العدد في حق المشهود وعليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصفة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل ان في الزنا شبهة اوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة اوجبت الدرء عن الشهود قال قاضي خان وكلامنا اظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان باربعة **قوله** وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا اعني حد الرجل مع هذا الاختلاف استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فيصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان انهم اتفقوا على فعل واحد حيث

وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

نسبوه الى بيت واحد صغيرا اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في وجهه يظن انه اليه اقرب فيقول انه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فهو كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة او حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار الى اخرى بتحركهما عن الفعل واما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك ايضا قائم في البلدين نعم انهم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط في الاقامة والواجب درؤه اجيب بان التوفيق مشروع صيانة النصوص عن التعطيل فانهم لو شهد اربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زنا في غير الوقت وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وان لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه اجيب بان التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول اذا اختلفوا في الطول والقصر او في السمن والهزال وفي انها بيضاء او سمراء وعليها ثوب احمر واسود تقبل في كل ذلك فقد استشكل على هذا مذهب ابي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا تجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا **قوله** ولو شهد اربعة انه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن وشهد اربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على احد منهم اما عنهما فلا تيقن بكذب احد الفريقين غير عين اذ الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب احدهما بالشك واما في الشهود فلا تيقن بصدق احد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا الا انه يخص بظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند دير بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء فكانت ترهبت وبنت هذا الدير واقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة ايام امارته على الكوفة فقالت والصليب في مارغبة بالجمال ولا كثرة مال انما اراد ان يفتخر بنكاحي فيقول ؎ نكحت بنت النعمان بن المنذر وما الذي رغبة لشيخ اعور في عجوز عمياء فصدقها المغيرة وقال في ذلك ؎ ادركت ما منيت نفسي خاليا ؛ لله درك يا ابنة النعمان ؛ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ؛ ان الملوك ذكية الاذهان ؛ اني لحلفك بالصليب مصدق ؛ والصلب اصدق حلفة الرهبان ؛ فكانت بعد يدخل عليه فسألها يوما عن حالها فقالت ؎ فبينا نسوس الناس والامر امرنا ؛ اذا نحن فيهم سوقة نتنصف فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ؛ تقلب تارات بنا وتصرف ؛ ذكر هذا ابن الشجري في اماليه على القصيدة النازلية للشريف الرضي التي اولها ؎ ما زلت اطرق المنازل بالنوى حتى نزلت منازل النعمان ؛ ولقد رايت بدير هند منزلا الماء من الرهبان والحدثان ؛ مغض كمستمع الهوان تغيبت ؛ انصاره وخلا من الاعوان ؛ بالي المعالم اطرقت شرفاته اطراق منجذب القرينة عان ؛ وذكرت مشبها الايام

وان شهدوا اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا بذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رح بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون

بحجرة من قبيل بيع زملنا بزمان ٭ وبما ترد على المغيرة ذبيتنجع النوار طبية الاذعان ٭ والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا اذا نفرت من القبيح **قوله** وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر بان نظر النساء اليها فقلن هي بكر درئ الحد عنها اي عن المشهود عليها بالزنا وعنهم اي ودرئ حد القذف عن الشهود وهو احد قولي الشافعي واحمد وعند مالك تحد المرأة والرجل اما الدرء عنها فلظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد وقيل ان يقال ان لم تتعارض بشهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز ان تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي ان لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب ان تبطل بشهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة او لا لا بد ان يورث شبهة بها يندرئ ولذا يسقط بقولهن هي رتقاء او قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة واما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل انه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا او لكذبهن **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه الاصل ان الشهود باعتبار التحمل والاداء انواع اهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل واهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس اهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والمجانين والصبيان والكفار واهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته ويثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه او لا فلا والثالث لا شهادة له اصلا حتى لا يعتبر فيما لم تعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورها وشهادتها والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل اذا عرف ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا اهلا للاداء والعبد ليس اهلا للتحمل ايضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد اربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم اهل للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفاسق نفذ فيرانه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة وكذا قال احمد في رواية عنه **قوله** وان نقص عدد الشهود عن اربعة بان كانوا ثلاثة فاقل حدوا حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فيتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة ابو بكرة ونافع وشبل بن معبد ولم يكمل بشهادة زياد حد عمر رض الثلاثة الشهود بحضر من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوة لام واسم امهم سمية واما وجهه من جهة المعنى فلان اللفظ لا شك في انه قذف وانما يخرج عن حكم القذف اذا اعتبر شهادة ولا تعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ حاصلها انه اذا حد بشهادة شهود جلدا

لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رحمه الله ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم في الامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه

فجرحه الجلاد او مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او عمي او كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود صاروا اقل من اربعة وحين كانوا اقل حد واحد القذف ثم قال ابو يوسف ومحمد ارش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر احد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المصنف رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا رجع الشهود بعد ما ضرب فجرح او مات لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهره انه لا يحبس كل الحسن بعد وعلى هذا بنالان مثله يقال اذا كان الخلاف في المشار اليهما كالخلاف المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو ان الارش والدية في بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شيء وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شيء وقال الشافعي ومالك فاحد الارش والدية على الحاكم **قوله** لهما ان الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الجرح والموت الى شهادتهم فصار كالمباشرين لما اوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه او مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا اما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا او محدودا الخ وهو ما اذا اراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين في جنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي لانه الآمر له وفعل المامور ينتقل الى الآمر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطاؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين او عبيدا الخ في بيت المال اتفاقا **قوله** ولابي حنيفة ان الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر ايضا ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه فلا يتعدى الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطاؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطائه عليهم في مالهم لانه الغرم بالغنم اما الجلد الخارج فلم يقض به فلا يلزمه ليكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح لانه لم يتعمد فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم يجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي ليثبت في بيت المال لم يجب اصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مولم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع تعديا فيجب عليه الضمان وهذا اوجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع **قوله** وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها اي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة زيادة شبهة لتحققها في موضعين في تحمل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك واحمد والاصح من مذهب الشافعي انه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن بينا زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رح يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رح وقال زفر رح لا يحد لانه ان كان الراجع قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رح حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رح يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون

والزم القضا بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود ولزيادة شبهة فيها فعلمنا ان الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا في الحدود وسببه انه يحتاط في درء الحد عن المشهود عليه كان الاحتياط ردما كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولانها بدل اعتبار البدل في موضع يحتاط في اثباته فيما يحتاط في ابطاله فان جاء الاولون يعني الاصول شهدوا بالمعاينة بنقض ما شهد به الفروع من الزنا فعنه لا يقبل ايضا لان الشهادة بهؤلاء الاصول قد ردها الشرع من وجه برده الشهادة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الاصول اذ هم قائمون مقامهم فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه بالزنا ثم لا يحد المشهود عليه ولا الاصول ولا الفروع لان عددهم متكامل فلم تكن شهادتهم قذفا غير انه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه فلا توجب حد القذف على الشهود **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة اما قبل القضاء او بعده قبل الامضاء او بعده ذكرها المص كلها فذكر اولا ما اذا رجع واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وان حكمه انه وحده يغرم ربع الدية اما غرامة ربع الدية فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لاتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على اصله في شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المص وسنبينه في الديات قيل وقعت الحوالة غير رائجة لانه لم يذكر فيه واما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة يحد وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجمه يوجب شبهة في احصانه ولهذا لا يحد الباقون اجماعا **قوله** ولنا الخ حاصله اختيار الشق الثاني وهو انه قذف ميت ثم نفى الشبهة الدارئة لحد القذف عنه اما انه قذف ميت فلان الرجوع تنفسخ الشهادة فتصير قذفا للحال لانه بالرجوع يستبين ان تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير ان بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا انه تبين انه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر احدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره قذفه لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور احدهم عبدا لانه قذف حيا فمات واما ان كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دارئة للحد عنه ولانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بني عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فاذا انفسخ تلاشى فكانه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لان القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المص رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم اي بعد القضاء قبل الامضاء حدوا جميعا وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لان الشهادة تاكدت بالقضاء

فإن كانوا خمسة فرجم أحدهم فلا شيء عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربع فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية أما الحد فلما ذكرنا وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة رح معناه إذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد رح هو على بيت المال وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بأن شهدوا على إحصانه وله أن الشهادة إنما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط ولا فرق بينما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لأن العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لأنه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه

فلم يبق طريق إلى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء ولما أن الإمضاء أي استيفاء الحد من القضاء وقد تقدم بيان كون الإمضاء من القضاء في حقوق الله تعالى في مسألة التقادم فكان رجوعه قبل الإمضاء كرجوعه قبل القضاء ونظير ثمرة كون الإمضاء من القضاء فيما إذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وهو قول الأئمة الثلاثة وقال زفر يحد الراجع خاصة لأن رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما تصير شهادة باتصال القضاء به ولم يتصل به لأن رجوعه منع من ذلك فيبقى قذفا فيحدون والأولى أن يقال كلامهم قذف في الأصل وإنما تصير شهادة ما دام بصفة إيجاب القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لأن كونه لا يخرج عن القذف إلى الشهادة إلا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع إذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع من الأداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة إياه إلى الزنا قولا فكذا إذا رجع أحدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى **قوله** وإن كانوا خمسة عطف على أول المسألة ولو شهد أربعة ورجع أحدهم أي بعد الرجم لا شيء عليه لا حد ولا غرامة لأنه بقي بعد رجوعه من يبقى بشهادته كل الحق وهو الشهادة الأربعة وهو قول الأئمة الأربعة سوى قول الشافعي في غير الأصح عندهم وإن رجع آخر مع الأول حد كل منهما وغرما ربع الدية وللشافعي تفصيل وهو أنهما إن قالا أخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمساها وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان أما الحد فلما ذكرنا يعني من أن الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لأن رجوع الثاني هو الموجب للحد وأما الغرامة فلأنه يبقى من تبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر في قدر لزوم الغرامة بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف **قوله** وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا بأن قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول أما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق إذا ظهروا عبيدا فإن زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كفارا أو عبيدا فأما إن استمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين فإذا ما ظهر كفرهم وإن أخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف إلا أن يقولوا تعمدنا فقلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال أبو حنيفة رح الدية على المزكين وقال أبو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الأئمة الثلاثة إذا عرف هذا فقول المص فقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله إذا رجعوا عن التزكية لأنه يوهم أن في صورة الرجوع الخلافية قولين إن رجعوا بهذا الوجه أو بأعم منه وليس كذلك لما أنهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب أو عدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لأن سبب الإتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وإنما أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالإحصان فكما لم يضمن شهود الإحصان بعد رجم المشهود عليه به إذا ظهر غير محصن لأنهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون ولأبي حنيفة أن الشهادة بالزنا إنما تصير حجة

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة ما صارت حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم ويجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب ذلك في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة

للحكم بالرجم على الحاكم بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة للاتلاف لانها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الاحصان يوجبها غليظة لانه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت شهادة به الشهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم افاد المصنف انه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بان قالوا اشهد انهم احرار الخ بل ذلك او الاخبار كان يقولوا هم الاحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ثم لا يشترط العدد في المزكي عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والاربعة في الزنا وتجوز شهادة رجل وامراتين في الاحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لانهم قذفوا حيا فمات ولا يورث استحقاق حد القذف واعلم انه وقع في المنظومة قوله على المزكين ضمان من رجم ؛ ان ظهر الشاهد عبدا فاعلم واوجبا ضمان هذا المتلف ؛ من بيت مال المسلمين فاعرف وفي المزكين اذا هم رجعوا كذا وقالا عزروا واوجعوا ۔ وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهذا اشكال هائل فانا ان اولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وان لم يأول بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه انه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل ان يأول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر الشهود عبيدا او رجع المزكون ايضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب فالتفاوت ظاهر انتهى وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط واما تعزيرهم فاتفاق وقول صاحب المجمع ولو عبدا فشهدوا فزكوا فرجم ثم ظهروا او احدهم عبيدا فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا الا انه يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل افاد مجرد الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل المجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف ولا ينفرد الظهور بتضمين الخلافي بل الاتفاق انه في بيت المال كما سيذكر وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه اهو عليهم او على هو بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير ان من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجب الضمان على الخلاف ولم يذكر في الاصول كالجامع والاصل **قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه الخ** استوفى اقسامها في الكافي حافظ الدين فقال ان شهد اربعة على رجل بالزنا فامر الامام برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ لا شئ عليه وان قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف فالقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر ان الشهود عبيد تبين ان القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلو وافق امر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان يجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فاورث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا يثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون وجه يثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل انسانا على ظن انه حربي وعليه

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي رح فالشافعي رح مرّ على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رح يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية يتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا فلا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه يكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجم شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

علامة ثم ظهر انه عبد مسلم وعليه الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن وما في الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله وان رجم ضبطه الاساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسي في المبسوط واما في مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا يعني في مسئلة الجلاد اذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا هذا اي الرجل القاتل بالرجم بعد امر القاضي بخلاف ما اذا ضرب عنقه ثم ظهروا عبيدا تجب الدية في ماله كما ذكرنا لانه لم يأتمر امره فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه منهما لانه لم يخالف قوله واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر الى فرجها قبلت شهادتهم وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك واحمد لانه لضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد في الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب والمرأة في حق المرأة اولى وان لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا يقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء انه لا تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل انه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا النظر يباح للحاجة على ما قلنا قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم قال المص معناه انه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط اي شرائط الاحصان لان الحكم شرعا بثبوت النسب بالدخول اي يستلزم ذلك كذا لو طلقها طلقة تعقب الرجعة ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والغرض انهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع فاقرارهما اولى وحمل كون المعنى ما ذكر المص من ان الغرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه ان بينهما نكاحا صحيحا فما عن الائمة الثلاثة الشافعي ومالك واحمد من انه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول على وجه الصحة ليس بخلاف لان الفرض انها امرأته لا يكون من وطء بشبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا موكدا على وجه الدوام والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة قوله فان لم تكن ولدت له وشهد عليه الخ والمقصود من هذا ان الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد الا ان المبنى مختلف فعندهم شهادتهن في غير الاموال لا تقبل وعند زفر قبلت الا انه يقول الاحصان شرط في معنى العلة والشان في اثبات انه في معنى العلة ونفيه لانه المدار فقال لان تغليظ العقوبة تثبت عنده بخلاف الشرط المحض فاشبهت حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم وهو محصن انه اعتقه قبل زناه لا تقبل مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة لما ذكرنا من انه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه اذا كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من اصله هذا وهو انه شرط في معنى العلة انه اذا رجع شهود الاحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون اذا كان علامة محضة ولنا في نفي انه في معنى العلة ان الاحصان ليس الا عبارة عن خصال حميدة بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه

فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل ؎ يقولون لي انكه شربت مدامة ٭ فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا ٭ وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على الشرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال

فاخذه اي الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة او سكران اي جاؤا به اليه سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك اي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها فانه يحد والشهادة بكل منها مقيد بوجود الرائحة فلابد مع شهادتهما بالشرب ان يثبت عند الحاكم ان الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهدا به والشرب او يشهدا به فقط فيامر القاضي باستنكاهه فيستنكه ويخبره بان ريحها موجود واما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلابد ان يشهدا بالشرب ويقولوا اخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم اخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعدما حملنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد بذا ان الحد لا يجب عند ابي حنيفة وابي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد في الثاني ان يشهدوا بانه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة والاقرار ولم يتقادم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه اخرجه اصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية وروي من حديث ابي هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذي سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث ابي صالح عن معاوية اصح من حديث ابي صالح عن ابي هريرة رض وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل اخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظ فرأى المسلمون ان الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع رواه البزار في سنده عن ابي اسحق انه عليه السلام اتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلثا فامر به فضرب فلما كان في الرابعة امر به فجلد الحد فكان نسخا وروى ابوداود في سننه قال ثنا احمد بن عبدة الضبي ثنا سفيان قال الزهري انبأنا قبيصة بن ذويب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه فاتى برجل قد شرب فجلده ثم اتى به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة قال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما كونا وافدي اهل العراق بهذا الحديث انتهى وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا احسن مما اثبته به المص في كتاب الاشربة من قوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن ان يوجب النسخ الاجتهادي تعارضا في القتل فترجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض **قوله وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف** وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها او ذهب السكر من غيرها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه اي هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا فانه ستة اشهر او بتفويض الحد الى راي القاضي او بشهر وهو المختار وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل ؎ يقولون لي انكه قد شربت مدامة ٭ فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا ٭ وانكه بوزن امنع ذكره من بابه اي اظهر رائحة فمه وقال الآخر ؎ سفرجلة تحكي ثدي النواهد ٭ لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد ٭ فظهر ان رائحة الخمر مما يلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الاحكام بوجودها ولا بذهابها ولو سلمنا

وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

انما تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب للتقييد المحل بالبينة بوجودها لان المعقول بعينه قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تاخير الاداء تاخيرا يعد تفريطا وذلك منتف في تاخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة اجاب المصنف وغيره بما حاصله ان اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو ما روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن ابي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن اخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم امر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك واعط كل عضو حقه واخرجه عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه اسحاق بن راهويه اخبرنا جرير عن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابرية ورفق ودفع بان محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت ادائها بل ولا اقرار انما فيه انه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة والتحريك ليستنكه والترترة والتلتلة التحريك وهما بتائين مثناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا بعيد مساف الخطو غوج شمردل تقطع انفاس المهاري تلاتله اي حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع تلاتله انفاس المهاري انه اذا باراها في السير ظهر في انفاسها الضيق والتتابع لما يجدها وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا انزلت فقال عبد الله والله لقد قراتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احسنت فبينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال اتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد فاخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل ان حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع احدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول الشافعي ورواية عن احمد والاصح عن الشافعي واكثر اهل العلم نفيه وما ذكرنا عن عمر يعارض ما ذكر عنه من وجد منه الرائحة ويترجح لانه اصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر رضي الله عنه انه جلد من وجد منه ريح الخمر الحد تاما وقد استبعد بعض اهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو ان الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقرا ان يرد ويدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فان صح فتأويله انه كان رجلا مولعا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه واما قوله ولان الرائحة من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب ثم اجاب عما يتوهم من ان الرائحة مشتبهة بقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال فليس بمفيد لان كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان اراد ان اعتبار القرب بالرائحة وهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح **قوله** واما الاقرار والتقادم لا يبطله

عند محمد كما في حد الزنا لا يبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا على ما مر تقريره من ان البطلان للتهمة والانسان لا يتهم على نفسه وعندهما لا يقام الحد على المقر بالشرب الا اذا اقر عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه

فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه وهو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد

وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا بمعنى انه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرب واما اضافة ثبوته على الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عليه السلام الخ فقيل لانه من الآحاد ومثله لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى ان هذا مذهب الكرخي فاما قول الجصاص وهو قول ابي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة والمخرج فان كان المصنف يرى انه لا يثبت به اشكل عليه جعله اياه اول الاصل فان لم يره اشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وانت علمت انه انما لزم قياسها حسنه الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقرار فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هو اعظم عندي من القول ان يبطل الحد بالاقرار ولو اقيم عليه الحد وان جاء بعد اربعين عاما

قوله فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه وذهبوا به الى مصر فيها الامام او مكان بعيد فانقطع ذلك اي الريح قبل ان ينتهوا به اليه حد في قولهم جميعا لان التاخير الى انقطاعها للعذر بعد المسافة فلا يتهم في هذا التاخير والاصل ان قوما شهدوا واخذ عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد **قوله** ومن سكر من النبيذ حد فالحد انما يتعلق في غير الخمر من الانبذة بالسكر وفي الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كلما اسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه السلام كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع اما السماع فتارة بالاستدلال على ان اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنه نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عليه السلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية احمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام واما ما يقال ان ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخاري عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي الصحيحين من حديث انس كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته في الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذا كلها محمولة على التشبيه بحذف اداته فكل مسكر خمر كزيد اسد اي في حكمه وكذا الخمر من هاتين او من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمهما بما جاز تنزيلهما منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية يقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان يعمل بكلامه اي المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كلما كان مثله من كذا وكذا فهو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجه في كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التي هي غير الخمر بل يصح المحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة اما قليلها وكثيرها او المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو ان ما ثبت في اللغة من تفسير الخمر بالتي من ماء العنب اذا اشتد وهذا مما لا شك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام بايراده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضي الله عنه حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء اخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم انما اراد ماء العنب لثبوت انه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول انس وما شرابهم يومئذ اي يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر

لما روي ان عمر رض اقام الحد على اعرابي سكر من نبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

انما اطلق هو وغيره فيه الحد لغيرها عليها هو كان على وجه التشبيه واما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى ابو داود والترمذي من حديث عائشة رض عنه عم كل مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام وفي لفظ الترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه واجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن ابي وقاص انه عم نهى عن قليل ما اسكر كثيره اخرجه النسائي وابن حبان قال الترمذي لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو احد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن ابي وقاص قد احتج به الشيخان وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حملها على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان صريح هذه الروايات القليل وما اسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي اسكرتك اخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن ارطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي واسند الى ابن المبارك انه ذكر له حديث ابن مسعود رض هذا فقال حديث باطل على انه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما اسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روي عن ابن عباس رض من قوله حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب لم يسلم نعم هو طريق جيدة هي عن ابن عون عن ابن شداد عن ابن عباس رض حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما اسكر من كل شراب قال وهذا اولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه اقوى وجب ان يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لم يثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسمع او بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا واصحابنا فيه منع خصوصا وعموما اما خصوصا فمنعوا ان حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عم حرمت الخمر بعينها والمسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكره في الاشربة من نفي تعليلها بالاسكار لان لم نذكره الا لنفي ان حرمتها مقيدة باسكارها اي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى يثبت العلة وهي الاسكار او مظنته من الكثير لان حرمتها ليست معللة اصلا بل هي معللة بانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل اصلا ونقض حميد الدين هذه العلة بان الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا ان اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلوة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما اشار النص الى عليتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم فاذا فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث ابي هريرة فاذا سكر فاجلدوه

ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار فلا يحد السكران
حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

الحديث فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فوجب ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب ان يحمل على
السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكران في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها
انه لا يحد منها حتى يسكروا اذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها
ما روى الدارقطني في سننه ان اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من اداوتك فقال عمر رضي
انا جلدناك بالسكر وهو ضعيف لسعيد بن ذي لعوة ضعيف وفيه جهالة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا علي بن مسهر عن الشيباني
عن حسان بن مخارق قال بلغني ان عمر بن الخطاب رضي ساير رجلا في سفر وكان صائما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه
فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر رضي انما جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندي انقطاع واخرج الدارقطني
عن عمران بن داور عن خالد بن دينار عن ابي اسحاق عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكر سكر من نبيذ
تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي ان
رجلا شرب من اداوة علي رض بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي
عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن ابن عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس رضي
قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع ان الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف
انما هو في الحد بالقليل غير ان هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمص قيد وجوب الحد بقوله ولا يحد السكران حتى
يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد فقد ذكرنا انه يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند
ابي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق سكران منها كالنائم
الا ان المص في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح
انه يحد وانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة
بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا انتهى وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح
لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابي حنيفة وسفيان انهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى راسه وطلق امرأته
هل يقع قالا ان كان يعلمه حين شربه ما هو يقع **قوله** ولا حد على من وجد منه ريح الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة فلا يثبت مع
الاحتمال ما يندرئ بالشبهات وكذا الشرب قد يكون عن الاكراه فوجودها في القئ لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب
واورد عليه انه قال عن قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به
صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل ان يقول
اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي ان يحد ولم يقل
احد ونقل ايضا عنه ان التمييز لا يعاينه انظر فيه بان من عاين الشرب يبني على اليقين لا على الاستدلال وتخريج صاحب الهداية

ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً لاجماع الصحابة رضـ

اثبت التميز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان انتهى فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على انه خمر بالرائحة فكون المص جعل التميز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان ثم لا شك ان كون الشيء محتملاً لا ينافي ان يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز ان يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التميز بالاستدلال ولا شك ان المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء اما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والقيء فظاهر وطريقه انه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها واما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درء كثيراً واسعاً ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التميز بالاجتهاد وفي الاستدلال فان كان يلزم ما الشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التميز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولاً بهما في ازمنة كثيرة متاخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وصحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلاً صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والقيء للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة اذا لم يكن التميز الا مع الاحتمال **قوله** ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح تخفف الالم حتى حكى لي ان بعض المتصابين استدعوا انساناً ليضحكوا عليه خلاء تقبيله لزوجة بركبتيه لا يقبلها الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين ما رجاليس بصحيح والا فصح هذه الجمرة على ركبتك فاقدم ووضعها حتى اكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفيت او ازالها بعض الحاضرين ... فلما افاق وجد ما به من جراحة النار البالغة ... ركبته بحيث بها مدة الى ان بريت فعادت بذلك الكي البالغ في غاية ... من الاخلاط وصار يقول ياليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع ... في حال صحوه ان يفعل مثل ذلك بالاخرى ليستريح من المها ... واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الا حال الصحو وتاخير الحد لعذر جائز **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غيرها ثمانون سوطاً وهو قول مالك واحمد في رواية عن احمد وهو قول الشافعي اربعون الا ان الامام لو راى ان يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المص على تعيين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدراً من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا واردتينا حتى كان اخر امرة عمر فجلد اربعين حتى عتوا وفسقوا جلد ثمانين واخرج مسلم عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر ودنى الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان تجعله كاخف الحدود فجلد عمر ثمانين وفي الموطا ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن ابي طالب نرى ان تجلده ...

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف

اذا شرب سكر واذا سكر هذا واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف اشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا واخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصا حتى توفي فكان ابو بكر يجلدهم اربعين حتى توفي الى ان قال عمر ماذا ترون فقال علي رض اذا شرب الخ وروى مسلم عن انس قال اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحوا اربعين وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة واخذت اخرى ولا فهي ثمانون ويكون مما رأى عمر في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله انه استشار فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قوله وفعله ابو بكر يبعده والا لزم ان ابا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد ان عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف ابي بكر والله اعلم وقد اخرج البخاري ومسلم عن علي رض قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر لانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فمعلوم قطعا انه امر بضربه فهذه الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عليه السلام بعدد معين ثم قدره ابو بكر وعمر باربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم ان يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عليه السلام عدم تعيينه لعلمهم بانه عليه السلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم رأوا اهل الزمان تغيروا الى نحوه او اكثر على ما تقدم من قول السائب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تاخر كان فساد اهله اكثر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه السلام في امثالهم واما ما روي من جلد علي اربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رض اتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد احدهما انه رآه شربها وشهد الآخر انه رآه يتقيأها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسين اقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلده وعلي يعد الى ان بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد ابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي **قوله** ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا ونقل من قول ابن مسعود رض للضارب اعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج وعند ابي يوسف يضرب الرأس ايضا وتقدم **قوله** ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور انا اظهرنا اي الشرع اظهر التخفيف مرة بنقصان العدد ولا يعتبر ثانيا بعد التجريد والا قارب المقصود من الانزجار الفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفها الروث والخثى للضرورة قلنا الضرورة قد اثرت في النعال مرة فتكفي مؤنتها فلا تخفف مرة اخرى وله ضده في الصلوة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة ان لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده اولا من حيث هو وجود والمعول عليه في كل موضع الدليل **قوله** وان كان عبدا فحده اربعون على ما عرف من ان الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا

ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت
بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رح انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك
ان شاء الله ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران
الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة وقال العبد الضعيف هذا عند ابي حنيفة رح
وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشائخ رح وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها
درءً للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو
والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رح يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

لان حد العبد اربعون ومن قال حده اربعون قال حد العبد عشرون **قوله** ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب
اذا اشتد ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سببه لان اقراره بالسكر من غير الخمر
اما في حال سكره ولا يعتبر اقرار السكر كما سيأتي او بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه **قوله** ويثبت الشرب
بشهادة شاهدين ويثبت باقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وقوله سنبينها هناك اي سنبين هذه
المسئلة في الشهادات ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ولا نعلم في ذلك خلافا لان فيها شبهة اي في شهادة النساء شبهة
البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانهما لو شهدتا مع رجل
مع امكان رجلين صح اجماعا وفيه تهمة الضلال لقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى في الكشاف ان تضل اي
لا تهتدي للشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احداهما الاخرى اي تزيل نسيانها **قوله** والسكران الذي يحد
لسكره من غير الخمر عند ابي حنيفة هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض
ولا السماء وقالا هو الذي يهذي ويخلط وبه قال الائمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد ان يكون غالب
كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف
من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شيء واليه مال اكثر المشائخ واختاروه للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي سمي سكرانا
وتأيد بقول علي اذا سكر هذى ولابي حنيفة رح انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءً بدليل الالزام في شهادة الزنا ان يقول كالميل
في المكحلة وفي السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد واما في ثبوت الحرمة فما قالا احتياطا في امر الحرمة
في الحرمة وانما اختار للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك انه حيث قال يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها فقد سلم ان السكر
يتحقق قبل الحالة التي عينها وانه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما انيط في الدليل الذي اثبت حد السكر بما يسمى
سكرا لا بالمرتبة الاخيرة منه على ان الحالة التي ذكر قلما يصل اليها سكران فيؤدي الى عدم الحد بالسكر وقوله ما دون
ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ممنوع بل اذا حكم العرف او اللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة
صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في انه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره ينفي
الحد لا ثبوت شبهة صحوه وروى بشر عن ابي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا ايها الكافرون ولا شك ان المراد ممن
يحفظ القرآن او كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدرسها اصلا قال بشر انه قال لابي يوسف كيف امرتها من بين السور فسكت
يخطى فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين ان الذي يعجز عن قراءتها سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن ابي طالب رض صنع لنا
عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلوة فقدموني فقرأت قل يا ايها الكافرون لا اعبد
ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون فانزل الله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون
ولا ينبغي ان يعول على هذا بل ولا يعبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل

ولا يحد السكران بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف فلأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته

يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئا فيبدلها إلى الكفر ولا ينبغي أن يلزم حده بطريق ذكرنا هو كفره إن لم يؤاخذ به نعم لو تعين طريقا لإقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فإن معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم سوى ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلوة وأنتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصرا أعرف عليه وعرف مما ذكرناه أن من استدل لأبي حنيفة رضه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقا انه غريق في الخطأ لأنها في علي وأصحابه ولم يصل سكرهم إلى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدركوا الوجوب وقاموا للإسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد من قوله وأما قوله تع حتى تعلموا الآية فإنما أطلق لهم الصلوة حتى يصحو كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون حسبة أن يبدلوا بعض ما يقولون وليس منه أي من مراتب السكر كذا لو كذا بل أن من وصل إلى ذلك الحد الذي كانوا فيه يسمى سكرانا وكون المقدار الذي هو سبب الحد ما هو لا تعرض له بوجه وقول المص والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه يفيد أن المراد من الإجماع في قوله والمعتبر في القدح المسكر ما قالاه بالإجماع إجماع الأئمة والأئمة يمكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واحتج فيه شارح بأنه قلده فخر الإسلام وفيه نظر فإن الشافعي يوجب الحد في قدر النبيذ المسكر جنسه وإن قل ولا يعتبر السكر أصلا ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر مطلقا ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر بيننا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي مفصلا عن الإمام أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو ما قصه وباعتبار تحريم الحرمة هو ما ذكرت وجاز أن يكون بعض من فسر السكر بسكر لا يحد وإنما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عتاق ليشربن حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم أبطله بأنه لا يتفاوت أي لا ينضبط فكم من صاح تمايل ويزلق في مشيه وسكران ثابت ما لا ينضبط لا ينضبط به ودل النهي تع في كلام علي بحضرة الصحابة الاعتبار بالأقوال لا بالمشي حيث قال إذا سكر هذى الخ **قوله ولا يحد السكران بإقراره على نفسه** أي بالحدود الخالصة حقا لله تع كحد الزنا والشرب والسرقة إلا أنه يضمن المسروق وقيد بالإقرار لأنه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع إنما لا يعتبر إقراره في حقوق الله تع لأنه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شيء ذلك الإقرار من الأشياء والأقوال التي يقولها فهو محكوم بأنه لا يثبت عليه ويلزم الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فإنه مؤاخذ به لأن غاية الأمر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الإقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لأنه أدرأ للحدود ومنه لو اعتبر كقوله فيه في إيجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لأنه أدخل الآفة على نفسه فإذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الأنبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الأشربة المباحة وإلا فبمجرد سكره لا يحد لإقراره بالسكر

ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمه وفي ظاهر الرواية تكون ردة

باب حد القذف

وكذا يواخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد والاستخفاف وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي ان السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يعقل منطقا كقول ابي حنيفة في حده والظاهر انه كقولهما وكذا لم ينقل خلاف في انه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع انهما لم يفسرا السكران بغير ما تقدم عنهما فوجه ان ابا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا لدرء الحد ولا شك انه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه على المفتي ان يميل اليه ويبني عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر اقصى السكر كان احتياطا لتكفيره لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان في الواقع قصد ان يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بان لا يقربها بذلك والا لجاز له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة اصلا فهو خطاب الصاحي ان لا تقربها اذا سكر فالامتناع مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شئ ما او لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك ان تحقق الخطاب ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا في حق الردة لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضي انه بعد ما عوقب بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في اصل الدين رحمة عليه في ذلك خصاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف بالمتقدم فانه لم يحكم بكفر القارئ مع اسقاط لفظة لا من قل يا ايها الكافرون لا شك ان ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث درك اصلا الا ترى الا انهم ادركوا وجوب الصلوة وقاموا الى الاداء فعلمنا ان الشارع حصر العفو في اصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا صححنا اسلامهم ولولا هذا الحديث لقلنا بردته فان لم يكن له درك لم يصح من الكافر السكران اسلامه مما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو ان هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى اقصى السكران كان من غير قصد اليها كما قرأ على قل يا ايها الكافرون فغيرها فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وان كان مدركا لما قاصدا استخفافا معنا فانه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره في القضاء لان القاضي لا يدري من حاله الا انه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله اعلم

باب حد القذف تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمي بالشئ وفي الشرع رمي بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المومنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عم اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هي يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله واكل الربو واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المومنات الغافلات متفق عليه وعنه عم من اقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيمة ليدخل من اي ابواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصي غيره لا

وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات إلى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالإجماع وفي النص إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا **قال** ويفرق على أعضائه لما مر في حد الزنا

بل التعزير وفي النص إشارة إليه أي إلى أن المراد الرمي بالزنا وهو اشتراط أربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بإلغاء الفارق وهو صفة الأنوثة واستقلال رفع عار ما نسب إليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد **قوله** إذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا بأن قال زنيت أو يا زاني وطالبه المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان القاذف حراً وإن كان عبداً حده أربعين سوطاً وشرط الإحصان في المقذوف وهو أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً وعن داود عدم اشتراط الحرية فأوجبه بقاذف العبد وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وإن كان صبياً وهو خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد بقذف الذمية إذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كقوله لمن قال يا زاني صدقت بخلاف ما لو قال هو كما قلت فإنه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثاني لأن كلامه محتمل ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلاف موصولاً وكذا إذا قال ليست أمي بزانية أو أبي فإنه لا يحد وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجلاً بالتعريض ولأنه إذا عرف المراد به بدلالة القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فإنا رأيناه حرم صريح خطبة المعتدة في عدتها وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سراً وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فإذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه وأما الاستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود وعرض بنفيه فغير لازم لأن التزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد أورد أن الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحاً في القذف وردوه باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات فأجيب بأنه يثبت بالنسبة إلى الزنا اقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن دلالة المقتضى في ذلك لما سنذكره من الأثر والإجماع فهو وارد ولا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربي والنبطي والفارسي ونحوها ولا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو ببعير أو ثور لأن الزنا إدخال رجل ذكره إلخ بخلاف ما لو قال زنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لأن معناه زنيت وأخذت البدل إذ لا تصلح المذكورات للإدخال في فرجها ولو قال لهذا الرجل لا يحد لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعاً حراماً لا يحد لعدم الإثم ولعدم الصراحة إذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لأنه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهدني رجل أنك زان لأنه حاك لقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة لأن أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به وسيأتي خلافه في فروع نذكرها وأما اشتراط مطالبة المقذوف فإجماع إذا كان حياً فإن كان ميتاً فمطالبته من يقع القدح في نسبه ثم إن نفيه من غير المقذوف بعموم الصفة وهو معتبر وارد وينبغي أن لا تشترط المطالبة لأن المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب أن

ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه

حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان غلوا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان تصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين وانتفى الحاق الشين الا بنفسه ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال انت محل للزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التانيث ولو كان حقيقة والحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لان الترخيم شائع ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا **قوله** ولا يجرد من ثيابه الا في قول مالك لان سببه وهو النسبة الى الزنا كذبا غير مقطوع به لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود او للمقر به والمعلوم لهما هنا نفس القذف فايجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة وحكما بعدم اقامة البينة قال تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تعالى منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاتيان بالشهداء لان فائدة النسبة هناك تحصل اما عند العجز فانما هو تشنيع وتعلقه تقابل بمثلها فلا فائدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو اى الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر انه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو او قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا **قوله** والاحصان ان يكون المقذوف حرا الخ قد بينا ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف او شهادة رجلين او رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت فان انكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما لم يعلم انها محصنة وكذا اذا انكر الحرية لم يحد حد الاحرار والقول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف عليه بينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز اما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي اطلق عليها لفظ الاحصان الا ما اجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة او كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تعالى والمحصنات من النساء اى المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك ان الاحصان اطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله تعالى فاذا احصن قال ابن مسعود اسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف واما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن احمد ان الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد لدفع الحاق العار ومثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتها الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي او مجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالمحرمات ولو فرض لحوق عار المراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا اولى من تعليل المصنف

ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة لأنه في الحقيقة قذف لأمه
لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذي يدعى له يحد ولو
قال في غير غضب لا يحد لأن عند الغضب يراد به حقيقة سبًّا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه في أسباب المروءة

بعدم تحقق فعل الزنا منهما لأنه يأول بأن المراد بالزنا الموهم وإلا فهو تحقيق منهما أو تحقق منهما الوطء في غير الملك لكن القذف إنما
يوجب الحد إذا كان بزنا موهم صاحبه وبه يندفع العار أما القائل إذا لم يتحقق الزنا منهما فينبغي أن يحد قاذف مجنون زنى في حالة جنونه لكنه
لا يحد وإن كان قذفه بعد إفاقته فأما اشتراط العفة فلأن غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته إلى الزنا لأن تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار
آخر فهو صادق وحد القذف للفرية لا للصدق وفي شرح الطحاوي هي وصف العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح
فاسد في عمره فإن كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ في غير الملك أو وطئ جارية مشتركة
بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها في الملك إلا أنه يحرم فإنه ينظر إن كانت الحرمة موقتة لا تسقط عدالته كما إذا وطئ امرأة
في الحيض أو أمته المجوسية ولا يسقط إحصانه وإن كانت مؤبدة سقط إحصانه كما إذا وطئ أمته وهي أخته من الرضاع ولو مس امرأة
بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط إحصانه عند أبي حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة بنكاح
ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط إحصانه انتهى بلفظه وإنما لم يسقط إحصانه عند أبي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة لأن كثيرا من
الفقهاء يجوزون نكاحها **قوله ومن نفى نسب غيره فقال له لست لأبيك فإنه يحد** وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة وكذا اقتصر
عليه الحاكم في الكافي وعلله في الهداية بأنه في الحقيقة قذف لأمه وكأنه قال أمك زانية لأنه إذا كان لغير أبيه ولا نكاح لذلك
الغير كان من زنا بأمه قيل فعلى هذا كان الأولى أن يقال إذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الإحصان وأورد عليه أنه لا يجوز
أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد والجواب والمراد أنك لست لأبيك
الذي ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا ملزوم بأن الأم زنت مع صاحب الماء الذي ولد من مائه وهذا معنى قول المصنف
لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره وحاصله أن نفي نسبه من أبيه يستلزم كون أبيه زانيا لأن النسب إنما ينفى عن الزاني
فيلزم عن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كون أبيه زنى بأمه مكرهة أو نائمة فلا يثبت نسبه من
أبيه ولا يكون قاذفا لأمه فالوجه إثباته بالإجماع وهذا بناء على الحكم بعدم إرادة الأب الذي يدعى إليه وغيبة بخصوصه
ولا شك في هذا وإلا كانت هذه المسألة المذكورة تليها وهي التي يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجيء وحمل بعضهم وجوب الحد
في هذه على ما إذا كان قوله ذلك في حال الغضب والسباب بدليل المسألة التي تليها فإذن تختلف المراد بلفظة الأب على هذا التقدير
فإنه إذا كان في غير حالة الغضب فإنما يراد بالأب الأب المشهور فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الأخلاق **قوله
ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذي يدعى إليه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لأن عند الغضب يراد به**
حقيقته أي حقيقة نفيه من أبيه لأنه حالة سب وشتم وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن أخلاقه ولا يخفى أن في
حالة الغضب ليس نسبة أمه إلى الزنا أمرا لازما لجواز نفيه عنه والقصد إلى إثباته من غيره لشبهة أو نكاح فاسد كالمسألة قبلها
فثبوت الحد به بمعونة قرائن الأحوال وبهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر في المبسوط أن في الأولى الحد استحسانا
بأثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل

ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو

قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي رح يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين ان شاء الله وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رح وكذا يثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رح

عن ابيه ثم حملوا الاثر على النفي حالة الغضب حكموا بانه حالة عدمه لم ينفه عن ابيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شيء اذ ليس كلا قاذفا ولذا لا يكون تخصيصا لو كان قاذفا اخرج من حكم القذف ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقا لان حد نفي قوله لست ابن فلان وفي حالة الغضب مقتصرا عليه باعتبار انه قذف امه واذا نفى نسبه عن امه فقد نفى ولادتها اياه فقد نفى زناها فكيف يحد بهذا واما اذا قال يا ولد الزنا او ابن الزنا فلا يتاتى فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأته يا بنت فلان لا يحد ولا يعزر **قوله** ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لانه صادق في كلامه ولذا لو قال انت ابن فلان يعني جده هو صادق لانه قد ينسب الى الجد مجازا استعارة وفي بعض اصحابنا ابن امير حاج وامير حاج جده وكذا لو قال انت ابن فلان لعمه او خاله او زوج امه لا يحد لان كلا منهما اطلق عليه اسم الاب كما سيأتي واعلم ان قوله لست ابن فلان لابيه المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي وهو نفي كونه من مائه مع زنا الام به او مع عدم زناها بل بشبهة فهي ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فعينوا بعدمه المراد نفي كونه من مائه مع زنا الام به ومع عدمه المراد المجازي وقوله لست بابن فلان يعني جده له معنى مجازي هو نفي مشابهته بجده ومعنيان حقيقيان احدهما نفي كونه مخلوقا من مائه والآخر نفي كونه ابا اعلى له وهذا يصدق بصورتين نفي كون ابيه مخلوقا من مائه بل زنت جدته به او جاءت بشبهة وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب احدها لا بعينه في الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يعير في الغضب بانه من مائه جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب ان يحكم ايضا بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب ابيه عنه وقذف جدته به فانه لا معنى لان يخاطبه في حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو من مائه ابعد في الارادة من ان يراد نفي ابوته لانه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا مخلص الا ان يكون فيها اجماع على نفي الحد بلا تفصيل كما ان في تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال له انت ابن فلان لغير ابيه لا حد ولا تعزير اذ ليس بقذف لانه صريح لجواز كونه ابيه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بحديث ابن مسعود وهذه الصورة تأتي في الكتاب لكنها هنا انسب **قوله** ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده فاذا طالب به حد القاذف ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد وان علا والولد وان سفل لان العار لهما يلحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوقه للمقذوف بالذات فهو الاصل في ذلك فهو الاصل في الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب غيره بموجبه الا عند الياس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا حتى لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن ابي ليلى رح ولانه يجوز ان يصدقه الغائب ما ذكرنا من ان حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه ابو الليث وفي فتاوى قاضيخان رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده وان ياخذ القاذف ويحده وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية ولا ياخذه بذلك الاخ ولا العم ولا الخال ولا الام ولا الجد ولا مولاه وعند الشافعي ومالك واحمد ايضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده وفي فتاوى قاضيخان قال محمد لكل من يقع في نسبه ان ياخذ القاذف وذكره مطلقا منهم رواية غريبة عن محمد ثم للشافعية

ولما كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس من اهله فلا يطالب عنه لعصابه كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى وذلك بان قذف محصن فيلحقه بالحد ومن كان لاحصان في المقذوف نسب الى الزنا فلا يقع التعيير على الكامل ثم يرجع من التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق عن الولد اذا تناوله القذف معنى لا نه لا يوجب التعيير على الكامل لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا

فمن يرثه ثلاثة اوجه احدها انه يرثه جميع الورثة والثاني غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم وعندنا ليس بطريق الارث لما ذكرنا من لحوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد بمنزلة نفس الانسان فاللاحق من العار للانسان كاللاحق لنفس ولده ووالده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا اخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع اخيه ولعلم الشرع بذلك اجاز شهادة الاخ لاخيه فليس للاخ المقذوف ولا للعم وخاله المطالبة بحد القاذف ولم تجز شهادة الولد والوالد لانهما في حكم نفس المشهود له ولهذا استغنى لكون حق المطالبة للحوق العار عن غيره واثر مع الارث يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل او الرق والكفر فللقاتل قتيلا ان يطالب قاذفه لعدم قتله بحد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا او كافرا خلافا لزفر رحمه الله ويثبت لولد البنت القذوف كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت للابعد مع وجود الاقرب وكذا يثبت لولد الولد حق المطالبة مع وجود الولد خلافا لزفر ولو عفا بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله خلافا لمحمد يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه وجهها ان نسبه الى ابيه وهو اجنبي عن جدته لامه بدليل انه لم يدخل في لفظة ولد الولد ولذا لو وقف على اولاده واولاد اولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية ووجه الظاهر عنهم انه لا يمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف وثانيا وعلى تقدير التسليم فالمعنى مختلف لان مبنى ثبوت حق الخصومة في حد القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادره وولد البنت من قولنا اولاده او اولاد فلان لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لم يشمله الوقف وصار كالوصية لاولاده او لاولاد فلان لا يدخل اولاد بناته بهذا وجه قول زفر ان ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار الولد كالمقذوف نفسه واعتبره بالخصومة في الكفاءة فانه خصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب منع ان ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل كل من نسب الى المقذوف بالجزئية يلحقه من العار مثل ما يلحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية بخلاف المقذوف مع ولده لانه يلحقه العار مقصودا وبالالحاق به دون ولده وولد ولده واما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات فعلم ترتيبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم ان حكم ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد لقذف جده وجدته انما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فما وجه ما في قاضي خان اذا قال جدك زان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله انت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجدته الادنى فان كان او كانت محصنة حد قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر ولكل من قال بطريقة الارث يعني اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف هو يقول القذف تناول الابن معنى لاحتمال رجوع العار اليه وليس الحد الآن والمطالبة به لاجل امه اذ ليس طريقة الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية امره ان يجعل كانه تناوله صورة ومعنى بان يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم تمكن المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط قلنا ادعى القاذف غيره بقذف محصن هي امه فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في المقذوف قصدا وهذا الذي يسب

وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الأب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على أنه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم إنه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الأحكام وإذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الإرث إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي

الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا ثم ترجع هذا التعيير الكامل الى ولده فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذي لحقه لا للخلافة ثم تترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى والكفر لا ينافي اهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما اذا قذفه نفسه لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذا لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعيير الكامل وهو باحصان المقذوف فان كان حيا كانت المطالبة له او ميتا طالب به اصله او فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل في حقه قوله وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة اي التي قذفها في حال موتها ولا للابن ان يطالب اباه وان علا بقذف امه الحرة المسلمة التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة او قال لابنه او لابن ابنه وان سفل بعد وفاة امه يا ابن الزانية وهو قول الشافعي واحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن ان يطالب اباه بقذف امه وهو قول ابن ثور وابن المنذر لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد الاب سقطت عدالة الابن لانه تسبب سبب عقوبة ابيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما اف والجواب ان الاطلاق والعموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة لقوله تعالى ولا تقل لهما اف والمانع مقدم ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع بسرقته فانتقضت عليه الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الحاصل ان عموم الآية اعني قوله تعالى ولا تقل لهما اف وقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع السيد لعبده واما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للاب في المسروق فلا يرد على مالك نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جناية على نفس الولد توجب اهدارها في عرضه بطريق اولى مع ان القصاص يتيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال لعدم القطع لسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المصنف لان المولى لا يعاقب بسبب عبده استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف امه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز ان يعاقب بسبب حق نفسه قوله ولو كان لها اي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة فظهر في حق احدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضي عمله في الآخر وكذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفى احدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو احد مستحقي القصاص يمنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت مورث للوارثين فباسقاط احدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد لا يتصور تجزيه اما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط احدهما فروع يجوز التوكيل باثبات الحدود من الغائب في قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله والاجماع انه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل لان مع احتمال انه عفا وان المقذوف قد صدق القاذف او اكذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل بالاول لكان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فمع احتماله اولى قوله ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده فيرث الوارث الباقي فيقام له وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص كالقصاص فمن هذا الوجه

ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وتخرج الاحكام والاول اظهر

من هذا الدليل هو حق العبد لم يعلم انه شرع زاجرا وعنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع اذ لم يختص بهذا انسان دون غيره وبكل من حق الله وحق العبد في حد القذف فشهد الاحكام فباعتباره حقا للعبد شرطت الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه اذا علمه في ايام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضي ولي القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده وتقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتباره حق الله تعالى استوفاه الامام دون مطالبة المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يكن اهدار مقتضى احدهما لزم اعتبارهما فيه فيثبت ان فيه الحقين الا ان الشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا المشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه فيصير حق العبد مرعيا بتغليب حق الشرع لا محذورا ولا كذلك عكسه اي لو غلب حق العبد لزم ان لا يستوفي حق الشرع الا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على ان النائب في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود والتي هي حقه تعالى على ما قدمناه من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الاصل تفرعت فروع اخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعنده يورث وعندنا لا يورث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى اي انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا او ما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيئا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل شرعي على استخلاف الشرع وارثا من جعل له حق المطالبة او وصية في المطالبة التي جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفى المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد وعنده يصح ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوتها الا ان يقول المقذوف لم يقذفني او كذب شهودي ونحوه ليظهر ان القذف لم يقع موجبا للحد لا انه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور ان القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول احمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات او قذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم فحد فقط اثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو انه يصح عفو المقذوف **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الخ ما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الذي نص عليه الدليل والاشهر لانه قول عامة المشائخ وذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان الغالب فيه حق العبد كقول الشافعي وخرج الاحكام المختلف فيها على غير ذلك اما توجيه ان حق العبد غالب فلان اكثر الاحكام تبتني عليه والمعقول يشهد به وهو ان العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص واما تخريج الاحكام فانما فوض الى الامام لان كل احد لا يهتدي الى الضرب الواجب اولانه ربما يزيد المقذوف في الضرب لحنقه فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو

ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

بخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمناه وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه رضي بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو اذ لا يخفى ان كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة اعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة اعراض بعضهم عن بعض على العموم وان العفو لا يستلزم الرضى بالعار بل قد لا يرضى بالعار الا انه لم يتجاسر ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حقه فلا ينبغي ان يعفو فلا يفعل ذلك اصلا وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى اوجه مما في النهاية ان شاء الله تعالى وقول محمد ان وقع في موضع انه حق الناس فقد وقع في آخره انه حق الله تعالى **قوله** ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه فيقبل رجوعه واما التعليل لانه بالاقرار الحق الشين بالغير وبالرجوع يريد ان يبطل حق الغير فالمعنى انه اثبت حق الغير ثم يريد ان يبطله فلا يقبل منه ويشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الله تعالى وكونه الحق الشين لا اثر له بل الحاصل انه لما الحق الشين ثبت له حق الآدمي فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين ناشئ في آثار حق الآدمي ليس غير امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير **قوله** ومن قال للعربي يا نبطي او قال لست بعربي لا يحد وكذا اذا قال لست من بني فلان وقال مالك رحمه الله يحد اذا نوى الشتم وعنه اذا قال يا رومي لعربي او فارسي او يا فارسي لرومي او عربي او يا ابن الخياط وليس في آبائه خياط يحد قلنا العرف في مثله ان يراد نفي المشابهة في الاخلاق او عدم الفصاحة واما قذف امه او جده من جهة ابيه فلا يخطر بالبال ولذا اطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب او الرضا وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف شيء في القذف اصلا لم يحمل في الغضب شتما بهذا القدر ولان النبطي قد يراد به النسبة الى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق كما قال يا رستاقي يا ريفي في عرفنا اي يا قروي لا يحد به وقال الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب **قوله** ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وكذا اذا قال يا ابن مزيقيا ويا ابن جلاء لان الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدي لانه كان اغناهم عن ماء السماء وجمع المصنف بينهما حيث قال لان ماء السماء وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا ومزيقيا لقب ابنه عمرو لانه كان يمزق كل يوم حلتين فيكره ان يعود فيلبسهما ويكره ان يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب ان يكون قول القائل يا ابن مزيقيا للاسراف والاعجاب لكن عرف العامة في مثله انه جود وقد لقب بماء السماء ايضا للحسن والصفاء وبه لقبت ام المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير ولازمت الملوك من آل نصر وبعدهم بني ماء السماء وجمع المصنف بينهما حيث قال لان ماء السماء يلقب به لصفائه وسخائه واما جلا فقد استعمل مرادا به الانسان في قول سحيم انا ابن جلا وطلاع الثنايا متى اضع العمامة تعرفوني يعنيه انه ليس علما بل وصف حيث قال جلا فعل ماض كانه قال انا ابن الذي جلا اي اوضح وكشف واما قول القلاخ انا القلاخ بن جناب بن جلا فحصل كونه علما لقبا وكونه وصفا ايضا ثم انه انما يراد به التشبيه في كشف الشدائد واماطة المكاره فلا يكون قذفا هذا وذكر انه لو كان هناك رجل يسمى ماء السماء وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمي به والكلام للسخاء والصفاء فينبغي في حال الغضب ان يحمل على النفي كن جواب المسئلة مطلقا فالجواب انه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد سكن ان يحمل المراد

وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقاذف لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبا أما الأول فلقوله تعالى نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق وإسماعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلام الخال أب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لأن المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب: وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل. وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزا أيضا لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما إذا قال يا زاني أو قال زنأت وذكر الجبل إنما يعين الصعود مرادا إذا كان مقرونا بكلمة على إذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل أنت فإنهما يحدان لأن معناه لا بل أنت زان إذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الأول مذكورا في الثاني

في حالة الغضب التشكك به عليه كما قلنا في قوله لست بعربي لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سبه بنفي الشجاعة والسخاوة ليس غير **قوله** وإن نسبه لعمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبا فالأول وهو تسمية العم أبا لقوله تعالى وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق وإسماعيل كان عما أي ليعقوب عليهم الصلاة والسلام والثاني لقوله عليه الصلاة والسلام الخال أب قالوا هذا غريب غير أن في كتاب الفردوس لأبي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد من لا والد له والثالث للتربية وقيل في قوله تعالى إن ابني من أهلي إنه كان ابن امرأته **قوله** ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل والحالة حالة الغضب وسيظهر أن هذا القيد مراد لا يصدق ويحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يحد لأن المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب. وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل. والزنا وإن كان يهمز فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها. أشبه أبا أمك أو أشبه عمل. ولا تكونن كهلوف وكل. يصبح في مضجعه قد انجدل. وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل. وأما قول شارح إصلاح المنطق فقال الباهلي لرجل رأى ابنا له ترقصه أمه فأخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك الأبيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري أي كن مثل أبي أمك أو مثل عمل فحذف المضاف إليه والمراد كن مثل أبي أمك أو مثلي وكان أبو أمه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي وأمه منفوسة بنت زيد الفوارس قال فأخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول أشبه أخي أو أشبهن أباكا أما أبي فلن تنال ذاكا تقصر عن مثله يداكا والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج إليه وذكر في النهاية قوله أو أشبه حمل بالحاء المهملة والميم وقال اسم رجل هو أبو حي من العرب وهو حمل بن سعد والوكل العيال على غيره ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزا أيضا على ما أسلفنا لأن من العرب من يهمز الملين أي اللين في غير التقاء الساكنين كقول العجاج. فخندف هامة هذا العألم. ومنه قوله صبرا فقد هيجت شوق المشتئق. ولأنه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز وأما نحو قطع الله أديه أي يديه فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين ما يلين حرف العلة لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمز في التقاء الساكنين على حده فإن كان على خلاف العادة يقال دأبة وشأبة وقرئ ولا الضألين شاذا وإن كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر إرادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يا زاني أو زنأت فإنه يحد اتفاقا وقوله وذكر الجبل يعين الصعود مرادا قلنا إنما يتعين ذلك إذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى أنه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس إلا الصعود وهو بلفظ في الجبل مع أن ذكر الجبل يعين الصعود فإن الفاحشة قد تقع في الجبل أي في بعض بطونه وعلى الجبل أي فوقه كما قد تقع على السطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من إرادة الفاحشة فبقي الاحتمال بحاله وترجح إرادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة ولو قال زنأت على الجبل والباقي بحاله أي في حال الغضب قيل لا يحد لما قلت آنفا أن ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود وقيل يجب للمعنى الذي ذكرناه وهي حالة الغضب والسباب وهو الأوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أي في حالة الرضا لا يجب الحد إذ لا يجب بالشك بل لا داعي فالظاهر عدم إرادة السب

قوله ومن قال لآخر يا زاني فقال له الآخر لا بل أنت فإنهما يحدان إذا طالب كل منهما الآخر لأن كلا منهما قاذف وإذا طالب كل الآخر وأثبت ما طالب عند الحاكم لزم حينئذ حق العبد فيه فهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من إسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال أنت فكافأ فلا يعزر كل منهما الآخر لأن التعزير حق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا أما كون الأول قاذفا فظاهر وأما الثاني فلأن معناه لا بل أنت زان كما ذكر

ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيصار اليه احتيالا للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد

المجيب عبدا حد هو خاصة لانه قاذف لقوله بل انت والحر وان كان قاذفا لكن لا يحد بقذف العبد قال المصنف اذ هي يعني كلمة بل عطف ليستدرك بها الغلط يعني التراكيب الاستعمالية فيصير الخبر المذكور في الاول اي في التركيب الاول اذا كان خبرا لمذكور في الثاني فاذا قال زيد قائم قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا في التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر او المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول لفظ يا زاني بل هو [illegible] النظير يعني اي هي ما ذكرنا واذا كانت كذلك فيصير معنا للمتكلم الاول بها وضعه به واخبر عنه بمعنى لان يا زاني في معنى ادعوك وانت زان **قوله** ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة فاما اذا ترافعا ولا لعان لانهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي تقديم احدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصير محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة لمحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملاعنة ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمته الام فحد سقط اللعان لانها شهادة ولو خاصمته المرأة اولا لاعن القاضي بينهما فاذا خاصمت الام بعد ذلك حد القذف فقدمنا الحد درءا للعان الذي هو في معناه ولو كانت قالت في جواب قوله يا زانية زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فتكون قد صدقت في نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا فلم يصدقها عليه وهذا معنى قوله وانعدامه اي انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان ويحتمل انها ارادت زناي ما كان من تمكيني اياك بعد النكاح وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة فيجري مجازا للمشاكلة مثل وجزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن اطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا لا حد عليها لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعين احد التقديرين بعينه متعذر لوقوع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله فجاء ما قلنا اي من انه لا حد ولا لعان ولولا ان مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه اياها بالاغاظة لوجب الحد البتة عليها لقذفها اياه اذ النسبة الى الزنا منصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب ان تحلف الزوجة انها لم ترد الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بيمينها واحد في وجه وعلى الزوج الحد وعندنا لان هذا مما ليس اقرارا صحيحا بالزنا ولهذا لو قال احد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج فلا حد عليه ولا لعان وهذا ظاهر **قوله** ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فالزوجة فيلاعن وان نفاه اولا ثم اقر به قبل اللعان يحد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد لان اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب بين الزوجين في زنا الزوجة والاصل فيه اي في اللعان ما هو الا حد القذف لانه قذفها فاذا بطل الحلف ببطلان التكاذب صير الى الاصل فيحد الرجل وقوله وفيه خلاف ذكرناه في اللعان الذي ذكره في اللعان انه اذا اكذب نفسه بعد اللعان بنفي الولد وتفريق القاضي جده القاضي وحل له ان يتزوجها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله والولد ولده في الوجهين اي ما اذا اقر بالولد ثم نفاه او ما اذا نفاه اولا ثم اقر به لاقراره به سابقا في الاول فيثبت ولا ينتفي بما بعده ولاحقا في الثانية فيثبت به بعد النفي وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب الخ جواب سؤال وهو ان يقال كان سبب اللعان ليس الا نفي الولد فاذا لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب الا ترى انه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فانه يلاعن ولا يقطع النسب كما يصح بلا ولد اصلا بان قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن وكذا لو كان هناك يقطع نسبه واما انه لو نفى نسب ولد امرأته الامة فانه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين لكن

وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليها الحد لانعدام امارة الزنا قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطئ المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطئ في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطئ في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رحمه الله يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد

لا دخل له في الجواب **قوله** وان قال اي الزوج الذي جاءت زوجته بولد ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه اذا نكره ابنهما انكر الولادة فكان نفي كونه ابنه لنفي ولادتها اياه ونفي ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار الزنا منها **قوله** ومن قذف امرأة ومعها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي وقت القذف او ميت فلا حد عليه بالو قذف ولد الملاعنة نفسه او ولد الزنا فانه يحد ولو انه بعد اللعان ادعى الولد فحد او لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره او هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو اقامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكره يثبت النسب ويحد قاذفها بعد ذلك لا يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرافعته واقامت بينة انه اكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او بمعاينة وجه عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها اي الى الامارة وهي اي العفة شرط واعلم انه ان صح ما رواه الامام احمد وابو داؤد في حديث بلال بن امية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه احمد ايضا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين انه يرث امه وترثه امه ومن رماها به جلد ثمانين ومن دعاه ولد زنا جلد ثمانين اشكل على المذهب والائمة الثلثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها اجيب بانه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره الا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا نعلم خلافا في ذلك الا ان الشافعية في وجه انه اذا قذفها اجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه ان لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انه لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي بان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته لا يسقط احصانها وانما هو لتشفي الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عقابه بان يضاف الى عذاب الزنا وعذاب الشهادة المؤكدة بالايمان الغموس او يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنفي الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجبت ذلك وقد اول قولهم بالاشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى تاويل واما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع ورود السؤال الا انه بناء على انه كلام تحقيق على ظاهره وليس كذلك فلا يرد **قوله** ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان فمنا هو تشنيع بانه لما لم يكن بحيث يحصل عند الاحصان بل هو مجموع امور العفة احدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة ولان القاذف صادق لان الوطئ في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه او ابهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه او بزنا آخر او ابهم نص عليه في اصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن ابي ليلى ووجه قولنا ان النص انما اوجب الحد على من رمى المحصنات ومعناه المحصنين بالزنا لا يقتضي الاحصان فمن رمى غير المحصن لا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم واذن بعد التوبة فيعذر والاصل فيما يعرف به الوطئ المسقط للاحصان الوطئ الذي يسقطه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه على قاذفه لان الزنا هو الوطئ المحرم لعينه فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون معرته وهو الموجب للحد وان كان وطئا محرما لغيره يحد قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم لعينه هو الوطئ في غير الملك من كل وجه

بيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح

كوطي الحرة الاجنبية والمكرهة اعني ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم فلا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلهذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكره الواطي ذكره في المبسوط وامة غيره او من جهة كالامة المشتركة بين الواطي وغيره وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة كوطي امته التي هي اخته من الرضاع ولو كانت الحرمة موقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطي امة الاختين والزوجة في حالة الحيض والنفاس فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط في عدم ثبوت حد القاذف للواطي في الحرمة المؤبدة كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كوطئه موطوءة ابيه بالنكاح او بملك اليمين فلو تزوج بها الابن او اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة او جمع بين اختين وطئا بملك يمين او نكاح او بين امرأة وعمتها وخالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد فوطئ الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة ومسها مع شهوة بحيث انتشر معه ثم تزوج بنتها او امها او اشتراها فوطئها حد قاذفه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لثبوت الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية ابنه فوطئها يسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف بين العلماء وابو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان يثبت بقياس او احتياط كثبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطي الاب جارية ابنه يسقط الاحصان وقوله او بالحديث المشهور مثاله حرمة وطي المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطي امته التي هي خالته من الرضاع او عمته لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** بيانه شروع في تفريع فرع آخر على الاصل اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار اي بالقذف الاول لا يعمل هنا فانه لا يقارنه بل وقع متأخرا والمفروض ان الاقرار تقرر حق الآدمي لم تعمل الشبهة السابقة فالشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد **قوله** وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها وصورته زنيت في نصرانيتك فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بان قال زنيت وانت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنيت وانت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وانت كتابية او امة فلا حد عليه لانه انما اقر انه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزمه حد لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا بخلاف الرجم عندنا فلما لا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين كونه يقام عليه حد او لا حتى ان الكافر الحربي اذا زنى في دار الحرب ثم اسلم فقذفه لا يحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او مزوجة او المشتراة شراء فاسدا او امرأته وهي حائض او مظاهر منها او صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها او مكاتبة فعليه الحد لان الشراء الفاسد يوجب الملك فكانت الحرمة في كل من هذه التقادير موقتة مع قيام الملك فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه الملك فلا يسقط احصانه بالوطي فيه ولا يحد قاذفه وعن ابي يوسف ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك

ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رض ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة رح وقالا لا حد عليه وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلما حد لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما أن لا يؤذي وموجب أذاه وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب وقال الشافعي رح تقبل إذا تاب وهي تعرف في الشهادات

وإذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة لأن له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد إذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لأنه لا شهادة له أصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده فإن ضرب سوطا في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الإسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن أبي يوسف رح أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر والأول أصح

زائل في حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر لها ولو بقي الملك شرعا من وجه لما لزمه وإن حرم كوطء أمته المجوسية والحائض ونحن نقول إن قلتم إن ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة فممنوع وإن عنيتم أن ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالأمة المجوسية فيثبت أن الحرمة لغيره إذ هي موقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الإحصان كالراهن إذا وطئ أمته المرهونة وهي بكر يلزمه العقر ولا يسقط الإحصان ذكره في المبسوط ولو قذف رجلا وطئ أمته وهي أخته من الرضاع لا يحد لأن الحرمة مؤبدة وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فإنه يقول لو وطئها لا يسقط الإحصان وهو قول مالك وأحمد والشافعي رح لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية ووجه الصحيح أن الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت موقتة أما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف تجعل لغيره **قوله** ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في شرط الحكم وهو الإحصان لاختلاف الصحابة في أنه مات حرا أو عبدا فأورث شبهة في إحصانه وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف من من يعتبر الحرية من الإحصان **قوله** ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه يعني لو تزوج مجوسي بأمه أو بنته ثم أسلم ففسخ نكاحها فقذفه مسلم في حال إسلامه يحد عند أبي حنيفة بناء على أن لهذا النكاح حكم الصحة عند أبي حنيفة وقالا لا يحد بناء على أن ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الأئمة الثلاثة وقدم في كتاب النكاح في باب نكاح أهل الشرك **قوله** وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلما حد لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما بالضرورة أن لا يؤذي وفي بعض النسخ طمع أن لا يؤذى فكان ملتزما موجب أذاه وهو الحد **قوله** وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب عندنا لأن رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعي فعنده تقبل شهادته إذا تاب لأنه كالتائب إذا تاب من الشرب ونحوه من المعاصي وهي خلافية تعرف في الشهادات إن شاء الله تعالى **قوله** وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة وهذا لأن له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد لأن النص أوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وهذه [illegible] فلم تدخل تحت الرد [illegible] والشهادة [illegible] فبالإسلام لا تحدث له شهادة [illegible] قبلت مطلقا على أهل الإسلام وغيرهم [illegible] بعد الإسلام على أهل الذمة لأنها كانت قبله وقد ردت بالقذف قلنا إن هذه أخرى نافذة على الكل لا على أهل الإسلام فقط أو على المسلمين وتبعيته [illegible] بخلاف العبد إذا حد في قذف ثم أعتق فإنه لا تقبل له شهادة أبدا لأنه لم تكن له شهادة في تلك الحال للرق وقد وجب الحد عليه [illegible] شهادته مع الجلد فينصرف إلى رد ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل أن يقول إن مقتضى النص عدم قبول كل شهادة حادثة أو قائمة لأنه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والحادثة شهادة واقعة في الآثار فمقتضى النص ردها والجواب أن التكليف بما في الوسع فحينئذ كان برد شهادته والامتثال إنما يتحقق برد شهادته القائمة إن كانت ولا فيما تحدث وإن كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال [illegible] فلو حدثت أخرى [illegible] كان بلا مقتض إذ الموجب قد قضى مقتضاه **قوله** وإن ضرب يعني الكافر سوطا في حد ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الإسلام بعض الحد وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر والأول أصح لما ذكرنا وعرف أنه لو أقيم عليه الأكثر قبل الإسلام ثم أسلم وأقيم الباقي تقبل شهادته عند أبي يوسف أيضا وأورد عليه كما أن المقام بعد الإسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الإسلام

النصف

قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الآخران فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني

فينبغي ان لا يكون صفة وايضا جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لما ان العتاق اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر لا يجب بان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن القبول وليس احدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منها بما يمكن والمكن رد شهادته قائمة للحال فيتقيد النهي بها وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر واصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزى فما دونه يكون تعزيرا للحد او التعزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة عن ابي حنيفة ثلث روايات احدها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا اقيم عليه اكثر الحد سقطت اقامة للاكثر مقام الكل وهذا التي ذكرها المص عن ابي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلثة في النصراني اذا اقيم عليه بعض الحد ثم اسلم على ما ذكر في الجامع الصغير **قوله** ومن زنى او شرب او قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله سواء قذف واحدا مرارا او جماعة بكلمة كقوله انتم زناة او بكلمات لان يقول يا فلان انت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان يقذف قبل الا انه لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم لا يحد ثانيا الا اذا كان يقذف آخر مستانف وحكي ان ابن ابي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ ابا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدنا اخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع الاول اخذه بدون طلب المقذوف والثاني انه لو خاصم وجب حد واحد والثالث فيه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي ان يتربص بينهما يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي ان يتعرف ان والديه في الاحياء اولا فان كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك الشرط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه ايضا في فروع نختم بها وقوله غير مرة يتعلق بكل واحد من الثلاثة اي من زنا غير مرة او شرب غير مرة او قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيف ما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس واحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر من قوله اما الاولان وهو كل من الزنا والشرب فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار عن فعله في المستقبل واحتمال حصوله بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد قائم فيتمكن شبهة فوت المقصود في الثاني والحدود تدرئ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى فانه يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به ان الاجماع لما كان على درء الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرار عند التكرار فالتكرار الواقع بعد حد الاول حتى هذا ضروري فانك علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الآية ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم

وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل

فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب وهو اعم من كونه بوصف الكثرة او القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا لمائة ليس غير فاذا اقيم ذلك وقع الامتثال ثم هو ايضا تارك لمقتضى التكرار بالتكرير فيما اذا قذفه فحد ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحد مرتين في حد الثاني او الاكثر فالحق ان الاستدلال بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات انه او حق آدمي فما ذكر المصنف اخصر واصوب وقوله واما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان التجاء بالاحاجة الى الحاقه بل يعين الدليل المذكور يجري فيه وهو انه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى للمقصود والانزجار عن الاعراض فحيث اقيم ثبت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره فليس غير قوله بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق ثم اخذ يعني وثبتت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من اسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حد وزنى في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه

فروع ثبت عليه باقراره والسرقة والشرب والقذف وفقأ عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد ثم اذا برئ اخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق الله وهو ثابت بالنص تبلي ويجعل حد الشرب آخرا فانه اضعف لانه بالاجتهاد وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكلما اقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحد وهو منهي عن ذلك وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم والمعنى ان المقصود الزجر له ولغيره واتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا انه يضمنه السرقة لو اتلفها لانه وجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد ولهذا يضمنه فيؤمر بايفائها من تركته ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي اذا اراد ان يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عم في الغامدية او يبعث امينا كما فعل في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا انكره ولا في شيء من الحدود لانه لا يقضى بالنكول وهو ممتنع في الحدود ولان النكول اما بذل والبذل لا يكون في الحدود او قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف عليهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة اخذ المال بقيد فيحلف على اخذ المال لا على فعل السرقة عند نكوله يقتضي بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا اقام المقذوف بينة بالقذف سأله القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا انه قال يا زاني وهم عدول حد وان لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفل على ما تقدم من الزنا فارجع اليه ولا يكفي

وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقاً بها وإن اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لأن المغلب فيه حق العبد عنده

في شيء من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول وبه أجاب أبو حنيفة وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ
منه الكفيل فهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص مع الاختلاف أنه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لأن النيابة
لا تجري في إيفائها والمقصود من الكفالة إقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الإيفاء وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فأما أخذ الكفيل
بنفس المدعى عليه فعند أبي حنيفة إذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة في المصر وكذلك لا يأخذ منه كفيلاً بنفسه ولكن يلازمه إلى آخر المجلس
فإن أحضر بينته وإلا خلى سبيله وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلاً بنفسه إلى ثلاثة أيام وقالا حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق
العباد وفي أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعي من حيث يتمكن من إحضار الخصم لإقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وأبو حنيفة يقول بناء
الحدود على الاحتياط والاحتياط في درئها لا إثباتها وكان أبو بكر الرازي يقول مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل فأما إذا سمحت نفسه
فلا بأس لأن تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس إنما يطالب بهذا القدر فأما إن أقام شاهداً واحداً لا يعرفه القاضي بالعدالة
فهو كما لو لم يقم أحداً لا يلازمه إلا إلى آخر المجلس وإن كان ظاهر العدالة حبسه إذا قال لي شاهد آخر يومين أو ثلاثة هذا القدر استحسان وهذا
كله عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الكفالة بالنفس بالحد وعندهما يأخذ كفيلاً بنفسه فلا ولا يحبسه لأن المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان
على القذف في المكان أو الزمان لا تبطل شهادتهما عند أبي حنيفة وعندهما يمنع قبول الشهادة لأنه إنشاء سبب موجب للحد فما لم يتفق
الشاهدان على سبب واحد لا يقضى به كما لو اختلفا في إقراره بالقذف والشاهدان أبو حنيفة يقول القذف قول قد يتكرر فيكون
حكم الثاني حكم الأول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس في الإنشاء والإقرار
إلا أني استحسن هناك لأن حكم الإقرار بالقذف يخالف حكم الإنشاء بدليل أن من تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قذفها قبل النكاح كان عليه الحد
ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها في العربية والفارسية وغيرها بطلت شهادتهم لأن عند
اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في العبارة ونحو كذا لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر ليست لأبيك ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم
الخميس والآخر أنه أقر أنه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل في إثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو كان القاذف
بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قولي أجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير أن يطلق عنه ويقال له ابعث
إلى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد إذا لم يكن له من يأتي بهم أطلق عنه ويبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يفصل
إلى هذا لأن سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه وإلى آخر
المجلس قليل لا يتعذر كان تأخيراً إلى أن يحضر الجلاد وعن أبي يوسف استأنيا به إلى المجلس الثاني لأن القذف موجب للحد بشرط عجزه عن
إقامة أربعة والعجز لا يتحقق إلا بإمهال كالمدعى عليه إذا ادعى طعناً في الشهود يمهل إلى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرف أنه لا تقبل
منه البينة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان
على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا إقراره بالزنا
إلا أنه لا معتبر بالإقرار بسقوط الحد لإقامته لأن ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ولو زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو

وطئ وطئاً حراماً على ما ذكرناه فقد سقط الحد عن القاذف ولو أسلم بعد ذلك لأن إحصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند إقامة الحد وكذا إذا خرس أو عته ولكن لا لزوال إحصانه بل لتمكن شبهة أنه لو كان ناطقاً لصدقه ولا يقدر القاضي الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود جنس آخر تقدم أن قوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لا حد عليه وفي المبسوط وفي فتاوى قاضي خان قال أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد ولو قال أنت أزنى مني لا حد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى مني حد الرجل وحده ولو قال لها أنت زانية أو زانية خير منك لا حد عليه وكذا لو قال لامرأته وطئك فلان وطئاً حراماً أو فجر بك أو جامعك حراماً لا حد عليه وكذا إذا قال أخبرت أنك زان أو أشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك يحد قاذفاً لهما لأن العادة أن لا معية حالة الزنا فانصرف إلى معية الفعل دون الحضور ومن قال لست لأبيك لا يكون قاذفاً هو كما لست لإنسان لست لرجل ليس بقذف رجل قذف ولده وولد ولده لا حد عليه ولو قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه حد قال لرجل قل لفلان يا زاني فإن قال الرسول للمرسل إليه فلان يقول لك يا زاني لا حد على الرسول ولا على المرسل وإن قال له يا زاني حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له أن يطالب القاذف بعد ذلك ولو قال يا ابن الحجام أو يا ابن الحائك لا حد ولو قال لرجل يا ابني لا حد عليه لأنه تلطف وكذا يا ابن النصراني أو يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال في بيت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال آخر همه كرده است لم يحد لأنه ليس بإشارة إلى هذه الأفعال ولو قال اين همه كرده است فكذلك لأنه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وى اين همه كرده است يكون قذفاً ومعنى الأول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال لرجلين أحدكما زان فقيل له هذا أحدهما فقال لا حد عليه لأن أصل القذف لم يقع موجباً ولو قال لجماعة كلكم زان إلا واحداً يجب عليه الحد لأن القذف فيه موجب للحد فوجب لكل واحد منهم ما لم يعين المستثنى من فروع تداخل حد القذف ما ذكره الصدر في التجنيس عبد قذف حراً فأعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين لهما ولو جاء الأول فضرب أربعين ثم جاء به الآخر تمم الثمانين لأن الأربعين وقع لهما فبقي الباقي أربعين ولو قذف آخر قبل أن يأتي به الأول الثمانون تكون لهما جميعاً فلا يضرب ثمانين ثانياً لأن ما بقي تمام حد الأحرار فجاز أن يدخل فيه الآخر وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا روسپی يحد ولو قال يا قحبة يعزر

فصل في التعزير لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة ولي ذكرها بتعقيبها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل والتعزير تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع في الكتاب قال الله تعالى واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً أمر بضرب الزوجات تأديباً وتهذيباً وفي الكافي قال عليه السلام لا ترفع عصاك عن أهلك وروي أنه عليه السلام عزر رجلاً قال لغيره يا مخنث وفي المجتبى روي عنه عليه السلام قال رحم الله عبداً علق سوطه حيث يراه أهله أقوى من هذا الحديث قوله عليه السلام لا يجلد فوق عشر إلا في حد وسيأتي وقوله فاضربوهم على تركها لعشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو أن الزجر عن الأفعال السيئة كيلا تعتريه فيفحش وليستدرج إلى ما هو أقبح والفحش واجب وذكر التمرتاشي عن السرخسي أنه ليس فيه شيء مقدر بل مفوض إلى رأي القاضي لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير أشراف الأشراف وهم العلوية والعلماء بالإعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا فتنزجر به وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقين بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الأوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير

الاخسة بهذا كله وبالضرب وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال وعندهما وباقي الائمة الثلاثة لايجوز وما في الخلاصة سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال ان راى القاضي ذلك او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لايحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشائخ كقول ابي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل احد لحسبة النيابة عن الله تعالى وسئل ابو جعفر الهندواني عمن وجد رجلا مع امراة ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لايقتله وان علم انه لاينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المراة يحل قتلها ايضا وهذا تنصيص على ان الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك حيث قال من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت توليتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لايقيمه الا الحاكم الا ان يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا راه الامام واجب وقول مالك واحمد وعند الشافعي ليس بواجب لما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني رايت امراة فاصبت منها مادون ان اطاها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي ارضه فلم يوافق غرضه ان كان ابن عمتك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا ان ما كان منصوصا عليه من التعزير كما في وطي جارية امراته او جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا راى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة او علم انه لاينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وما علم انه انزجر بدونه لايجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما اصاب من المراة فانه لم يذكر للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره له ليس الا استعلام موجبه ليفعل معه واما حديث ابن الزبير فلان التعزير لحق آدمي وهو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضي خان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجري فيه اليمين يعني اذا انكر انه سبه يحلف ويقضى بالنكول ولايخفى على احد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله تعالى فحق العبد لاشك انه يجري فيه ما ذكروا اما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا انه يجب على الامام ولايحل له تركه الا فيما علم انزجار الفاعل قبل ذلك ثم يجب ان يتفرع عليه انه يجوز اثباته بمدع شاهد فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضي خان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروة وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا فلايعزر فان عاد وتكرر منه روي عن ابي حنيفة انه يضرب وهذا يجب ان يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لايتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن ان يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا منافاة لانه اذا كان ذا مروة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلايكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولاتعد يعني بالضرب في اول مرة فان عاد عزره صرح بالضرب ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروة

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه

يوعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبا باضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروءة عندي في الدين والصلاح **قوله ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا** بالزنا عزر بالاجماع الا على قول داود في العبد فانه يحده وقول ابن المسيب في الذمية التي لها ولد مسلم قال يحد بحده انما عزر لانه اي هذا الكلام جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق ومثله يا لص او يا فاجر او يا زنديق او يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط او يا لوطي او قال انت تلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ماوى الزواني يا ماوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر كذا مطلقا في فتاوى قاضي خان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح اما لو قال لفاسق يا فاسق او للص يا لص او للفاجر يا فاجر لا شئ عليه والتعليل يفيده لكن هو قوله انه آذاه بما الحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه اما من علم فان الشين قد الحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسأل عن نيته ان اراد انه من قوم لوط فلا شئ عليه وان اراد انه يعمل عملهم عزر على قول ابي حنيفة وعندهما يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت او هزل من تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة او بهيمة عزر قال الامام الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا لانه من جنس ما يجب به الحد وهو الرمي بالزنا وفي الثانية وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي الراي الى الامام **قوله ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر** لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يلحق به شينا اصلا بل انما الحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذئب يا حجام يا بغا يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشحان يا ابله يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مواجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في الكشحان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به والقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته ومثله في عرف ديار مصر والشام المعرص والقواد وعدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان هذه الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوى قاضي خان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال الصحيح انه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب وذكر قاضي خان عن امالي ابي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح والمستحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فحصلت ثلاثة والمذهب هو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندواني يعزر مطلقا والتفصيل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله او لا فلا ويعزر في مقامر وفي قذفه قيل في بليد وانا اظن انه يشبه بالابله ولم يعزر به **قوله والتعزير اكثره** تسعة وثلاثون سوطا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعون سوطا والاصل في نقصه عن الحدود قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ذكر البيهقي ان المحفوظ انه مرسل واخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ناجية في فوائده ثنا محمد بن حسن الاسبجي ثنا عمر بن علي المقدمي ثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن

ما اجتمع الخمر بالمتنفس بخمرة وقيل في كل نوع يقرب من بابه لانه يعتبر ... ان كان المس ... كالقبلة ... يفتقرهم ... هذا احسن في التعزير لانه ... ثم ... اذا ... وقال ... يبلغ التعزير خمسا وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون سوطا فنقصا منه سوطا وابو يوسف اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي رضي الله عنه

عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلا فقال اخبرنا مسعر بن كدام اخبرني ابو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث والمرسل حجة عندنا موجبة للعمل وعند اكثر اهل العلم واذا التزم ان لا يبلغ به حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى حد القذف بعموم النكرة في النفي فصرفاه اليه فنقصاه من حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليها بالنص المذكور وحملا على الحل على احتياط في الدرء وابو يوسف اعتبر اقل حد الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا في رواية ... ثم عنه وهو قول زفر وهو القياس لانه يصدق عليه ... ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهي عنه وفي ظاهر الرواية خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه امر في تعزير رجل بتسعة وسبعين ثم انما تتجه وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا باصابعه فعقد خمسة عشر ثم عقد الاربعة الاخير لتتمتها من الخمسة فظن الذي كان عنده انه امر بخمسة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين قال ورذي شك من عمر في خمسة وسبعين وليس بصحيح ونقل عن ابي الليث قال قيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار وهو الثمانون والنصف من حد العبيد والاكثر خمسة فيحصل خمسة وسبعون ووضع سوط اعتبار بهذا الاخذ وهو بعيد ... انه اثره عن علي كما ذكر في الكتاب من انه تقدم عليا فيه وكونه لا يعقل يوكده اذا الغرض انه لا يدرك بالرأي فيجب تقليد الصحابي فيه وانما يتم جوابه بعد ثبوته عن علي كما قال اهل الحديث انه غريب ونقله البغوي في شرح السنة عن ابن ابي ليلى وابي يوسف قال الشافعي في الحر ... وقال في العبد تسعة عشر لان حد العبد في الخمر عنده عشرون وفي الحر اربعون وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد في التعزير على الحد اذا رأى المصلحة في ذلك مجانبا لهوى النفس لما روي ان معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه وكلم فيه فضربه مائة اخرى فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه وروي الامام احمد باسناده ان عليا اتي بالنجاشي الشاعر قد شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين سوطا لفطره في رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز ان يبلغ بما هو دون الزنا فوق ما فرض للزنا وحديث معن يحتمل انه كانت ذنوبه كثيرة او كان ذنبه يشتمل على كثرة منها التزوير واخذ مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة لغيره فكانت كل ضربة عن ذنب منها وحديث النجاشي ظاهر ... والاحتجاج فيه ... على ان ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان وقد نص على انه ... الرواية الاخرى القائلة ان عليا اتي بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين لجرأتك على الله وتعمدك افطارك في رمضان فان الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث ومن احمد لا يزاد على عشرة اسواط وعليه حمل بعض اصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبي فقد صح عنه عليه السلام في الصحيحين من حديث ابي بردة انه قال لا يجلد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله واجاب اصحابنا عنه وبعض الشافعية بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار احد وكتب عمر الى ابي موسى ان لا يبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الى الاربعين ... تقدير اكثره تسعة وثلاثين ... ان ما تقدم من انه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض الى رأي الامام اي من انواعه فانه يكون بالضرب وبغيره ... تقديره ...

ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات لأن ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام يقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف
الناس وعن أبي يوسف رحمه الله أنه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من
حد القذف قال وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل لأنه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم
إليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير قال وأشد الضرب التعزير لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد
فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال ثم حد الزنا لأنه ثابت بالكتاب
وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لأن سببه متيقن به ثم حد القذف لأن سببه
محتمل لاحتمال كونه صادقا ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف

في خصوص أو اقتضافيح لا ينزجر إلا بتسعة وثلاثين **قوله** ثم قدر الأدنى في الكتاب يعني القدوري بثلاث جلدات لأن ما دونها لا يقع به
الزجر وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام يقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لأنه يختلف باختلاف الناس وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري
أنه لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح في الخلاصة فقال واختيار التعزير إلى القاضي من واحد إلى تسعة وثلاثين ومقتضى قول
القدوري أنه إذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الإمام أن هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لأنه حيث وجب التعزير بالضرب
فأقل ما يلزم أقله إذ ليس وراء الأقل شيء وأقله ثلاثة ثم يقتضي أنه لو رأى أنه إنما ينزجر بعشرين كانت العشرون أقل ما يجب
تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو رأى أنه لا ينزجر بأقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فإنه أقل ما يجب منه في ذلك الرجل ويبقى
فائدة تقدير أكثره بتسعة وثلاثين أنه لو رأى أنه لا ينزجر إلا بأكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك بل يضربه الأكثر فقط ثم يبدل ذلك القدر
بنوع آخر وهو الحبس مثلا **قوله** وعن أبي يوسف رحمه الله أنه على قدر عظم الجرم وصغره واحتمال المضروب وعدم احتماله وعنه أنه يقرب كل
نوع من أسباب التعزير من بابه فيقرب بالمس والقبلة للأجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي
من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه يعزر في المس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير ويعزر في قوله يا نجس يا كافر
ويا خبيث أقل جلدات التعزير لكن في فتاوى قاضي خان أن أسباب التعزير إن كانت من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى
التعزير وإن كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب به أيضا فيكون مفوضا إلى رأي الإمام **قوله** إن رأى الإمام أن يضم إلى
الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها وهو في شك من
انزجاره بها فيضم إليه الحبس لأن الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو رأى الإمام أن لا يضربه ويحبسه أياما عقوبة فعل ذكره في الفتاوى وغيرها
وهو قول المصنف جاز أن يكتفى به وقد ورد به الشرع في الجملة وهو ما سلف من أنه عليه السلام حبس رجلا في تهمة فجاز أن يضم إليه إذا شك في انزجاره
بدونه **قوله** ولهذا لم يشرع لأن الحبس تعزير ولا يقع تعزير ما لم يثبت بالتهمة قبل ثبوته أي لم يشرع الحبس تهمة بما يوجب التعزير حتى لو
ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة أو أنه ضربه وأقام شهودا لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود وهذا لأنه إذا عدلت الشهود
لم يكن إقامة الواجب حسا فقط وكان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم إعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف
الحد لأنه إذا شهدوا بما يوجبه ولم يبعد لو أحبس لأنه إذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به سببا آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة
قوله وأشد الضرب التعزير لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف لئلا يؤدي إلى فوت المقصود من الانزجار ولهذا
لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء لجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذكر في المحيط أن محمدا ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على
الأعضاء وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسألة روايتان بل موضع ما ذكر في الحدود إذا وجب
أن يبلغ التعزير إلى أقصى غاياته بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الإخراج وإذا
بلغ غايته التعزير فرق على الأعضاء وإلا فسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضع ما في الأشربة إذا عزر أدنى
التعزير كثلاثة ونحوها وإذا فإنه حينئذ يسير إقامة في موضع واحد لا يفسده وتفريقه على الأعضاء لا يحصل منه المقصود والانزجار فيجمع في

ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله تعالى اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

محل واحد على هذا المعنى شدة الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل اذ الاصح انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا ثم حد الزنا يلي التعزير في الشدة لانه ثابت بالكتاب واعظم جناية حتى شرع فيه الرجم وهو اتلاف النفس بالكلية ثم حد الشرب لانه ثابت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن نحو ربيعة ومن كان غير مقدر على ما تقدم ولان سببه متيقن فيكون سببيته لا شبهة فيها والمراد الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة او الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل ينفيها انه شرعا بعضه ان عند هما يتيقن بلزوم الحد وان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة كذلك القذف يثبت بالبينة والاقرار فلا يقع فرق ح بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه قرية وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه اليه ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ مرة اخرى من حيث الوصف وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال علي رضي الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد الحد وتنظر الى المظنة فلا يغلظ بالشدة فما شدها التعزير واخفها حد القذف وعند احمد اشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يجرد في التعزير في ازار واحد وفي الفتاوى قاضي خان يضرب في التعزير قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير **قوله** ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي رحمه الله في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان اصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مامور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير لحق الله تعالى وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما في الفصاد ولانه لا بد له من الفعل والاعوقب والسلامة خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه ان لا يتعرض لسببها القريب وهو بين ان يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه او يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مولم زاجر وقد يتفق ان يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المولم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناية بعد الفعل والاطلاق وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد وبه يظهر ان اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما امر الله به وذكر الحاكم لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا ادب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي ولو جامع زوجته فماتت او افضاها لا يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكره في المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد قيمة الادمي للانسان فيما اذا قيل له يا حبيث التعزير لا يجيبه قالوا ولو قال له يا خبيث الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو اجاب مع هذا فقال بل انت لا باس به واذا اساء العبد الادب حل لمولاه تاديبه وكذا الزوجة وفي الفتاوى القاضي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى ان يظهر التوبة وفيها عن ابي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتريه ويترك الصلوة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى انه يخلق الفعل ان تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها عن كاملة الردة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة وفي فتاوى قاضي خان وانما كان الساحر يقتل اذا كان عمله السحر بحيث لا يتكيف بالقول فاما الساحر [illegible]

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانه انشاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه

اخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجته بتلك اللعبة فهذا سحر ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد ان لها اثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير اعني عدم الحكم بارتداده فينبغي ان يكون حكمه ان يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم ان فلانا يتعاطى من المناكير لابيه قالوا ان وقع في قلبه ان اباه يقدر ان يغير على ابنه حل له ان يكتب وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين المرء وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم يبيع الخمر او ياكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية وكذا من قبل اجنبية اعتنقها او مسها بشهوة والله اعلم

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود والانزجار عن اسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي من ترتيبها في التعليم ترتب اسبابها في المفاسد فما كانت مفسدته اعظم تقدم على ما هو اخف لان تعليمه وتعلمه اهم واعظم المفاسد ما يؤدي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا حكميا ويليه ما يؤدي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدي الى افساد العرض وهو القذف فانه امر خارج عن الذات لو شرفها ويلزق امر اقبيحا ويليه ما يؤدي الى اتلاف المال فانه الاخر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان اخرا فاخر وللسرقة تفسير لغة وهي ما ذكر في الكتاب وهي اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا ايضا انما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك ان اخذ اقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل للسرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا الاحسن بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي اخذ العاقل البالغ عشرة دراهم او مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتعميم الشبهة في التاويل فلا يقطع السارق من السارق ولا احد الزوجين من الاخر او ذي الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى تعين بالامر له كالصلوة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هي نوع منهما اللغوي والزيادات شروط غير مرضي والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر الدعاء فقط هذا فيما في السارق من السارق خلاف **قوله** والمعنى اللغوي يعني الخفية مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء وذلك في سرقة النهار في المصر او ابتداء لا غير وهي في سرقة الليل فلهذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم اخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره في المصر نهارا واخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك من الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل تصير غالبة اذ قليلا ما يختفي في الدخول والاخذ بالكلية عليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخول اللص لا يعلم كونه فيها او يعلم اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله او كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع ولو كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن غير المالك او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والمستبضع

قال وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير بربع دينار وعند مالك رح بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم

والرئيس كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور والشروط وهو الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في اثناء المسائل قوله واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع الخ في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير اختلف في انه هل يقطع بكل مقدار من المال او لا بد من مقدار خطير فلا يقطع في اقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا في مال متقدر لقوله عليه السلام لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم في الاول التاويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة من الحديد او النسخ ولو قيل ونسخه ايضا ليس اولى من نسخ ما رويتم قلنا التاريخ يقتضي وجه اولوية المحل هو مع الجمهور فان مثله في باب الحد ويتعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع اسلاكه قمع وهو مما يشمله اطلاق الآية وكذا لا يخفى اخذه فلا يتحقق باخذه ركن السرقة وهو الاخذ خفية ولا حكمة الزجر ايضا لانها فيما يغلب فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزاجر عنه فهذا المخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف القائلون بالمقدار معين في تعيينه فذهب اصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك واحمد الى انه ربع دينار او ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطئه عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرة بنت عبد الرحمن ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر بدينار فقطع عثمان يده قال مالك احب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف او اتضع وذلك ان عمر قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في اترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعته الى انتهى وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم اخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها ففي مسند احمد عن عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم فظهر ان المراد مما ذكر المصنف من قوله ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا للدرء فعرف انه قد قيل في ثمن المجن اكثر مما ذكر واحتج بذلك حديث ايمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن ايمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عليه ونقل عن الشافعي رح انه قال لم يزل الحسن رضه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان القطع في ربع دينار فصاعدا قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن ابن ايمن ام ايمن اخي اسامة ابن زيد لامه فقال الشافعي ليس ابن ابن ام ايمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل ان يولد مجاهد قال ابن ابي حاتم في المراسيل

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع

وسألت ابي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن ايمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل وارى انه والد عبد الواحد بن ايمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر ان ايمن اسم للصحابي وهو ابن ام ايمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعي آخر وقال ابو الحجاج المزني في كتابه ايمن الحبشي مولى بني مخزوم وروى عن سعيد وعائشة وجابر وعنه ابنه عبد الواحد ووثقه ابو زرعة ثم قال ايمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن ابي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما احسب له صحبة وقد جعلا اسمالتابعيين اما ابن ابي حاتم وابن حبان فجعلا هما واحدا قال ابن ابي حاتم مولى ايمن الحبشي مولى ابن ابي عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد سمعت ابي يقول ذلك وسئل ابو زرعة عن ايمن والد عبد الواحد فقال مكي ثقة وقال ابن حبان في الثقات ايمن بن عبيد الحبشي مولى ابن ابي عمر المخزومي من اهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن ايمن وكان اخا اسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له ايمن ابن ام ايمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم ان له صحبة وهم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر ان ايمن ابن ام ايمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من التابعين وكذا فعل الدارقطني في سنده ايمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينارا روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في ايمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي ام تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكر ابو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتباره فقد اختلف في تقويم المجن اهو ثلاثة او عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما امكن في الحدود ثم يقوي ما رواه النسائي ايضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم واخرجه الدارقطني ايضا واخرجه هو واحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وكذا اسحق ابن راهويه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المص وتايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه واشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روي عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند ابي حنيفة من رواية ابي مقاتل عن ابي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود قال كان تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول في رواية خلف بن ياسين عن ابي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم واخرجه ابن خسرو من حديث محمد بن الحسن عن ابي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع قوله واسم الدراهم يعني في الحديث وهو قوله

والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد قوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس

او عشرة دراهم تطلق على المضروبة عرفا فاذا اطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري وهو ظاهر الرواية وهو الاصح للظاهر من الحديث ورعاية لكمال الجناية لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا تقطع بها ولو تجوز بها لان نقصان الوصف كنقصان الذات وعن ابي يوسف يقطع بها اذا كانت رائجة حتى لو سرق عشرة تبرا اي فضة غير مضروبة لكن قيمتها اقل من عشرة مسكوكة لا يجب القطع على ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وانت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة قوله والمعتبر وزن سبعة يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل كما في الزكوة وتقدم تحقيقه فيها في الزكوة وهو انه ينبغي ان يراعى اقل ما كان من الدراهم على ما قالوا واما هنا فمقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة اصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر في القطع وزن عشرة هذا مقتضى اصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بانه اوردء للحد وما كان اوردء كان اولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا ان كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطا ولم ينقل تقديرها بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا قوله وقوله اي قول القدوري او ما تبلغ قيمته عشرة اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا حتى لو سرق دينارا قيمته اقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد من الدينار المذكور انه يقطع به في الحديث ما يكون مقوما به لا قيمة الوقت اي يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جيادا بوزن سبعة مثاقيل او اكثر سواء كان في الوقت كذلك اولا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير الفضة عشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله او فوات لبعض العين فعلى هذا اذا سرق في بلد قيمته فيها عشرة فاخذ في اخرى وقيمتها فيها اقل لا يقطع وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق اقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مسكوكة لا يقطع لانه يخالف النص في محل النص وهو قوله لا قطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم في محل النص وهو ان يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب المأخوذ وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر في علامة فتاوى سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم الا ترى انه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس لا يساوي درهما ولا بد ان يكون المسروق منه نصابا كاملا حتى لو سرق عشرة ودیعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف ان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر ان يتغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب مرة واحدة فلو اخرج بعضه ثم دخل واخرج باقيه لا يقطع قوله والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف فيتكامل

ويجب القطع بإقراره مرة واحدة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع إلا بالإقرار مرتين ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئا لأنه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لأن صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع

وهذا لأن الجناية موجبة للعقوبة صيانة لأموال الناس والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف ما عليه بتحصيل موجب العقوبة وما لا كمل صورته وإلا أهدر السبب في حقه بخلاف الزنا فإن له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فحد على نصف حد الأحرار لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الأحرار ابتداء بحيث لم يتناول الأرقاء. **قوله** ويجب القطع بإقراره مرة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي وأكثر علماء الأمة وقال أبو يوسف لا يقطع إلا بإقراره مرتين وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن أبي يوسف اشتراط كون الإقرارين في مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى أما المنقول فما روى أبو داود عن أبي أمية المخزومي أنه عليه السلام أتي بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما إخالك سرقت قال بلى يا رسول الله فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع فلم يقطعه إلا بعد تكرر إقراره وأسند الطحاوي إلى علي رضي الله عنه أن رجلا أقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فأمر به فقطع فعلقها في عنقه وأما المعنى فالحاق الإقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهود ونظيره الحاق الإقرار في حد الزنا في العدد بالشهادة فيه ولأبي حنيفة ما أسند الطحاوي إلى أبي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله إن هذا سرق فقال ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتي به فقال تب إلى الله عز وجل فقال تبت إلى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه بإقراره مرة وأما المعنى فمعارض بحد القذف والقصاص فإنه وإن لم يكن حدا فهو مقدر ومن حيث إنه عقوبة بكذا أظهر الموجب فيكتفى به كالقصاص وحد القذف وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لأن اعتبار العدد في الشهادة إنما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الإقرار إذ لا يتهم الإنسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على أن الإقرار إن دل فالثاني لا يفيد شيئا أو لا يزداد صدقا وإن كان كذبا فبالثاني لا يصير صدقا فظهر أنه لا فائدة في تكراره فإن قيل فائدته دفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه لوجود من يكذبه لأن صاحب المال يكذبه فلا يقبل رجوعه وأما النظير المذكور أعني اشتراط كون الإقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس كيف وأصله أعني الشهادة بنفي علة العيون حكمه وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع أن كلا من تعدد الشهادة وتعدد الإقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه أعلم

فروع في عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ولا يضمن المائة هذا إن ادعى المقر له المالين وهو قول أبي حنيفة لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الإقرار بالسرقة الأولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الإقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وينتفي الضمان بخلاف ما قال سرقت مائة بل مائتين فإنه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين ووجب القطع فانتفى الضمان والمائة الأولى لا يدعيها المقر له بخلاف الأولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الإقرار بالمائة إذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه في الرجوع إلى المائة لا ضمان ... وفي علامة ... قال أنا سارق ... الثوب ... لو نون القاف لا قطع لأنه على الاستقبال

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة

والاول على الحال **قوله** ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وهذا باجماع الامة **قوله** وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة اي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كان نقب الجدار وادخل يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر الرواية او اخرج بعض النصاب ثم عاد واخرج البعض الآخر او ناول رفيقا له على الباب فاخرجه ويسألهما عن ماهيتها فانها تطلق على استراق السمع والنقص من اركان الصلوة وعن زمانها لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدوا ضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم ايضا ما اورد من ان التقادم ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تاخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ثانيا ويسألهما عن المكان لاحتمال انه سرق من دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا في الكافي وعن المسروق اذا سرقه اذ كل مال لا يوجب القطع كما في الثمر والكثر وعن قدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وانت تعلم ان شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا تستلزم ان تبين النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم ان يقول سرق مالي وانا مولاه او وجد وانما يسأل عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو ان اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول ابي يوسف يجوز ولم يقع التفصيل في هذا الحكم اعني حبسه عند اقامة البينة حتى يزكوا ومقتضى ما ذكر من انه يحبس تهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب انه صار متهما بالفساد انه لو صح التكفيل ينبغي ان لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض وكذا ذكر في الفتاوى من تهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في الحبس الى ان يظهر التوبة بخلاف بائع الخمر والمشتري وتارك الصلوة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله ان ياخذه وللامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتوبة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع ايضا حتى يحضروا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم وفي القصاص ان لم يحضروا استحسانا كذا في كافي الحاكم **قوله** واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع ومعلوم تقييده قطعهم بما اذا لم يكن منهم احد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب احدهم نصابا بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق لسرقة نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد يعني وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك يوجب القطع بجزء بل حتى يكون ما سرقه نصابا

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ما يقطع فيه المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا اخره عن بيان السرقة وما يتصل بها **قوله** لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام اي اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان اخذه واحرزه وصار مملوكا التافه والتافه الحقير الخسيس من باب ليس كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير

والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه السلام في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والمراد بالسمك الطري والمالح وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا

والصيد بريا او بحريا والزرنيخ والمغرة وهو بفتح الغين الطين الاحمر ويجوز اسكانها والنورة **قوله** والاصل فيه حديث عائشة فهو ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ومسنده ثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في مسنده ولم يقطع في ادنى من ثمن مجنة او ترس ورواه مرسلا ثنا وكيع عن هشام ابن عروة عن ابيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه اخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا اخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عائشة رضي ولم يقل في عبد الله هذا شيئا الا انه قال لم يتابع عليه ولم ار للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان في روايته نظرا ولا يخفى عن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن ابي شيبة ومتابعه عبد الرحمن بن سليمان وانا اعرف هذا فقال المص وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته اي الاصلية بان لم تحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه حقير فيكون تناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا ثم قوله بصورته ليخرج الابواب والاواني من الخشب وغير مرغوب فيه ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي ان يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والابنوس واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين وقوله تقل الرغبات فيه يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه ولا يضن به الطباع اذا احرز حتى انه قلما يوجد اخذه على كره من المالك لا ينسب الى الجناية بأخذه على ان الظنة بما تعدم من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المص ولان الحرز فيها ناقص فان الخشب بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز قال والطير يطير يعني من شانه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه ان قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الا ان هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي الصيد قبل الاحراز بقوله عم الصيد لمن اخذه وهو حال كونه على تلك الصفة اي الاباحية تورث الشركة العامة شبهة فيه بعد الاحراز فيمنع القطع والوجه ان يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع واما قوله الناس شركاء في ثلاث فانما يتناول الخشب والقصب بلفظ الكلاء ففيه قصور ايضا قال ويدخل في السمك المالح والطري وصوابه السمك المليح او المملوح وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير فيقل احرازه منه واما قوله ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال اتى عمر بن عبد العزيز في رجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن ابي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال اتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رايت احدا قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للراي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف **قوله** وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين روي عنه الا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ لان ما سوى هذه لمال متقوم

قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رح يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز

محرزة فصارت لغيرها والاباحة الاصلية زالت فزال اثرها بالاحراز بعد التمليك هو قول الشافعي رح والحجة عليهما ذكرنا من حديث عائشة وثبوت الشبهة **قوله** ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والخبز ايضا ذكره في الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا او غيره والفواكه الرطبة وعن ابي يوسف رح يقطع بها وبه قال الشافعي لما عنه عوم من رواية ابي داود والنسائي وابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عبد الله بن عمرو انه عم سئل عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع اخرجه ابو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق اربعتهم عن عمرو بن شعيب به واخرجه النسائي ايضا من طريق ابن حبيب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي توخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما اخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يوخذ من ذلك ثمن المجن قالوا يا رسول الله فالثمار وما اخذ منها في اكمامها فقال من اخذ بفيه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما اخذ من اجرانه ففيه القطع رواه احمد والنسائي وفي لفظ ما ترى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر المعلق قطع الا ما اواه الجرين فما اخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال امامنا اسحق بن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كايوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن ابي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو قال ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأوي الجرين واخرجه عن ابن عمر مثله سواء اجاب بانه اخرج على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع لكن ما في المغرب من قوله الجرين المربد وهو الموضع يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي ان يكون فيه الرطب في زمان وهو اول وضعه واليابس وهو الكائن في اخر حاله فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكانه وقع في بعض الالفاظ الجران فذكره المص على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جران فجاز ان يسمى به هنا الجران المتخذ منه فكانه قال حتى يؤويه المربد او الجران ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين اي لم يجب اي حتى يتم ايواء الجرين له فانه عند ذلك ينتقل عنه ويدخل الجرين الا فنفس الجرين ليس حرزا ليجب القطع بالاخذ منه اللهم الا ان يكون له حارس متردد والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر وقوله لا قطع في الطعام اما الاول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فامر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الاول وفي القسم الثاني قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل والوصل اولى لما عرف انه زيادة من الراوي الثقة وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحدود لان الحدود تدرأ بالشبهات [illegible] الله تعالى

ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رح يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رح مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها وجه الظاهر ان الآخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب

وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يبيع عنه وم ذلك ففيه دلالة الضعف او النسخ فينفرد هذا الحديث على المعارض فبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعني تفصيل الحديث المذكور بين ان ياكله من اعلى النخل فلا شيء عليه او يخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات نكال او ياخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الودي وهو صغار النخل وجزم في المغرب انه خطاء واما الحديث الثاني فاخرجه ابو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اني لا اقطع في الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وانت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه ويجب اعتباره في غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع في الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا والقطع في الحنطة وغيرها اجماعا انما هو في غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول وعنه رح لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رض لا قطع في عام سنة **قوله** ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة فرح او جزع فيستخف العقل بعيد زمنه كما تراه من صياح الثكليات وضرب خدوده وشق جيوبهن فيما لا يجدي نفعا ويسلب مجيتهن ثم يوجب الحسن من الله تعالى سرور فيوجب ما هو معهود من المستلذ بلا خلاف الا عند الائمة الثلاثة فانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو ما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء في تقومها اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على انه يتاول فيها الاراقة فيثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفي سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفي من كتاب الجرد قال ابو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي سليمان برواية علي بن حمزة لا قطع في الرب والجلاب **قوله** ولا في الطنبور ونحوه من آلة الملاهي بلا خلاف ايضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعن ابي حنيفة رح ان ضمنها لغير اللهو الا انه يتاول اخذه للنهي عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهي آلة اللهو **قوله** ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي وما لك وهو رواية عن احمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية اخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفي رواية اخرى عن احمد ان اخذه يتاول القراءة لانه لا اشكال لا يقطع وجه الظاهر ان الآخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولان المالية للتبع وهي الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب واحرازه لاجله والآخذ ايضا يتاول اخذه لاجله لا للتبع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع وكمن سرق صبيا حرا وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود ليس لما قال في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم اقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي يوسف عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته تمت في نصاب كامل ولكنا نقول السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم فاذا كان عالما بالدراهم فقصده اخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا وقد تقدم في مثله انه ان كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع والا فلا وهذا يردد بين العلم وعدمه فالحاصل انه يعتبر ظهور قصد المسروق فان كان انما قصد النصاب من المال قطع والا فلا وعلى هذا فمسئلة العلم بالمضروبة وعدمه صحيح الا ان كونه يعلم او لا يعلم هو المدار في نفس الامر

ولا يقطع في أبواب المسجد الحرام لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتأول في أخذ الصبي اسكاته أو حمله الى مرضعته وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب أو خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق السرقة بحده الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرضية ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية

لا يقطع عليه ولا يثبت الا بالاقرار وما تقدم من انه اذا لم يعلم بما في الثوب فانه لا يقطع حتى يكون معه دراهم لان القصد اليه ذلك بان يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم اقصد لما علم قوله ولا قطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لانه محرز باحراز مثله وكذا يقطع عندهم في باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في انه ان ليس محرزا او في حرزه شبهة اذ هو بالطريق والرائح ومعها ينتفي الحد على ان المصنف يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل اثبته تفريعا على اصوله فانه لم ينصب خلافا وانما يعتبر من لم يذكر لو نصب الخلاف وافاد المصنف في اثناء المسئلة انه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصيره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا يقطع في استار الكعبة وهو قول مالك واحمد والاصح من قول الشافعي لانه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد قوله ولا في صليب من الذهب والفضة ولا الشطرنج ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب ولا النرد لانه يتأول من اخذه بالكسر الى اباحة الاخذ للكسر نهيا عن المنكر فلا يجب الا ضمان ما فيه من المالية والصليب هو هيئة خطين متعارضين يقال لكل جسم صلب وعن ابي يوسف ان كان الصليب في مصلاهم اي معابدهم لا يقطع لعدم الحرز لانه بيت مأذون في دخوله وان كان في بيت في حرز لا شبهة فيه يقطع لانه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تأويل الاباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي والحلي بضم الحاء جمع حلي بفتحها ما يلبس من ذهب وفضة او جوهر وقال ابو يوسف يقطع اذا بلغ ما عليه نصابا لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع اجماعا لانه في يد نفسه فكان اخذه خداعا ولا قطع في الخداع وحين لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن اصحابنا من ذكره كصاحب المختلف ذكر انه ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف ان يقول وعن ابي يوسف والا ايهم انه مذهبه المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لانه كالمال وجه الظاهر ان الصبي اذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالاخذ دون ما عليه الا لاخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع الا في اخذ المال فلا يقطع وان كان اثمه وعقابه اشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه اجره لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا واما التأويل الذي ذكره من قصد تسكيته وابلاغه الى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه وعلى هذا الخلاف اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد او كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة ولابي حنيفة ومحمد ان الاناء تابع واذا لم يجب في المتبوع القطع لا يجب في التابع واعتقادي وجوب القطع في الاناء المعاين [illegible] وان كان فيه ما كان فان تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالاخذ اليه بل الظاهر ان كلا منهما اصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه اظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل بماليته الى اضعاف ما فيه والمانع من القطع انما هو التبعية في قصد الاخذ لا باعتبار غيره والظاهر تقييده ومما يوافق ما ذكرناه ما في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا اذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه اكاف يساوي درهما بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوي عشرة لانه سرق من جهة وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرورة فيه عشرة قال يقطع اذا علم ان عليه الا بخلاف ما اذا لم يعلم قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالاجماع الا اذا كان نائما او مجنونا او اعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فيقطع

ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لأن من جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لأن عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل لأنها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام قال ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لأنها من أعز الأموال وأنفسها ولا توجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواب قطع فيها لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصر لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع فيها لغلبة الصنعة على الأصل وإنما يجب القطع في غير المركب ولا يكون ثقيلا لا يحمله الواحد لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته

الاستشنار ... ولم يذكر شارح ... نص على أنه لا قطع في الدمى ... هو أركان ... فلا يمس ... أما خصب أو خداع ... في سرقة العبد الصغير الذي ليس بمميز ولا معبر عن نفسه بالإجماع لأنه مال متقوم وكذا حكى الإجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف قال استحسن أن لا أقطع لأنه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرئ الحد ... إلا بدن ... بخلاف ... لكنه فسوق ... كما قيل ولهما أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال متقوم خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير وارد بالمقصود وقول المصنف ولهما أنه مال مطلق لأنه ينتفع به أن كان يمشي بعقله أو بعرض أن يصير منتفعا به كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن في ماليته شبهة والقيام بحق الإراثة إليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الأموال عند الناس وما فيه من المالية بصيرة كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق ... نفسه فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب بسرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا قوله ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ لأنه لا يستفيد الآخذ به نفعا فكان المقصود الكواغد فيدخل في عموم ولا قطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها قيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بالشرعية لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وإن قلت كفت في إيراث الشبهة ... عدم القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لا يقصد ما فيها لأهل الديانة فكانت سرقتها سرقة ... عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية ... إذ لا يتوقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الأدب والشعر ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الأئمة الثلاثة تقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لأنها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع قوله ولا في سرقة كلب لا قطع بالإجماع خلافا لأشهب ... بن القاسم فإنه قال عدم القطع في المنهي عن اتخاذه أما في المأذون في اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الأصل ويجب لأصل هو غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة فيها قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار وكذا جميع آلات اللهو لأن عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة يتأول في أخذها الكسر في دال لدفع ... واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لأنه يصلح للهو وإن كان وضعه لغيره وقيل يقطع لأنه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة له قوله ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل والمرعى ... والعنب والصندل ... الطيب لأن هذه ليست مباحة في دار الإسلام والعنبر وأما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا القطع فيها في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالي عن محمد في الآبنوس والقنا القطع كما ذكرنا ويقتضي النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فإنه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لأنها من أعز الأموال ولا توجد مباحة الأصل في دار الإسلام فصارت كالذهب قوله وإذا اتخذ من الخشب أواني والأبواب قطع فيها لأنه أي الخشب بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة ولذا تحرز بخلاف الحصر لأن الصنعة لم تغلب على الجنس لتقطع ...

ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

بها فلم يخرج بها من كونها تافهة بين الناس حتى ان الحصير تبسط في غير الحرز وكذا القصب المصنوع بوارى بخلاف الخشب غلبة الصنعة تخرجه عن الحال
فيقطع فيما اتصلت به حتى لو غلبت في الحصر ايضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرية وهي العبادانية ويقطع عند الائمة
الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى او بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا
جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها اخذت اسما آخر انتهى وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي تقطع حكم الجنس بها ان
يتجدد لها اسم وعرفت عدم القطع في الحصر التي ليست نفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كان تبسط في غير الحرز او لان
شبهة التفاهة فيها كما عرف وقالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها فظاهر الرواية
في الزجاج انه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن ابي حنيفة يقطع كالخشب فاصنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع
من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز اما المركب فلا يقطع به عندنا خلافا للثلاثة ثم الباب غير المركب لا يقطع
به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها غاية ما تقلل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع
في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا اطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل في المبسوط وقد مر ان عند الائمة
الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيه حرز حائط الدار لكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرز النفس يكون حرزا للغير
وهذا عندنا ممنوع وقواعدهم مثله اكثر اعتبار الحرز في كل شيء **قوله** ولا قطع على خائن ولا خائنة وهما اسم فاعل من الخيانة وهو ان يؤتمن
على شيء بطريق العارية او الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه او ينكر انه كان عنده وديعة او عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن
وحرزه لا حرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه احرزه بايداعه عنده لكنه حرزا ذون السارق في
دخوله لا منتهب لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع وكذا المختلس لانه المختطف للشيء من البيت ويذهب او من يد المالك في سنن
الاربعة من حديث جابر عنه عليه السلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق
في احكامه وهو تصحيح منهما وتعليل ابي داود مرجوع بذلك وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم ومن العلماء
قد حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن احمد في جاحد العارية انه يقطع في الصحيحين من حديث عائشة ان
امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء لم يأخذوا بهذا الحديث واجابوا عن حديث عائشة رضي الله عنها بان
القطع كان لسرقة صدرت منها بعد ان كانت ايضا تصنع ذلك مشهورة بجحد العارية فعرفتها عائشة رضي الله عنها بوصفها المشهور فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية
سرقت فامر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم بانهم
كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد والجمع
بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الآخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما اخرجه ابو داود عن الليث حدثني يونس
عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة رضي الله عنها قالت استعارت امرأة يعني حليا على السنة اناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فاخذت
فاتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر

ولا قطع على النباش وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف والشافعى رحمه الله عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت فى الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل فى المقصود وهو الانزجار لان الجناية فى نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر فى بيت مقفل فهو على الخلاف فى الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت لما بينا

مقدما وحمل القطع بجحد العارية على النسخ ولذا احمل على انها او اقتان وانهم قطع امراة بجحد المتاع واخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما خلنا فى سنن ابن ماجة ثنا ابو بكر بن ابى شيبة ثنا عبد الله بن نمير ثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن امه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن ابيها قال لما سرقت المراة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعظمنا ذلك كانت امراة من قريش فجئنا النبى صلى الله عليه وسلم نكلمه وقلنا نحن نفديها باربعين اوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فاتينا اسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثاركم على حد من حدود الله والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد فى الطبقات هذه المراة هى فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هى ام عمرو بنت سفيان بن عبد الاسد اخت عبد الله بن سفيان قوله ولا قطع على نباش وهو الذى يسرق اكفان الموتى بعد الدفن وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وباقى الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ومن العلماء ابو ثور والحسن والشعبى والنخعى وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول ابى حنيفة قول ابن عباس والثورى والاوزاعى ومكحول والزهرى ثم الكفن الذى يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع فى الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب او مال ذهب وغيره لانه تضييع وسفه فليس محرزا وفى الوجيز فى الزائد على العدد الشرعى وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم فى القطع ان كفنه من ماله والا فالخصم لانه ولهم قوله عليه السلام من نبش قطعناه وهو حديث منكر وانما اخرجه البيهقى وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن ابيه عن جده وفى سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذى ذكره المصنف لا قطع على المختفى قال وهو النباش بلغة اهل المدينة اى لا عرف لهم والآثار فيها قال ابن المنذر روى عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخارى فى تاريخه ثم اعله بسهيل بن ذكوان المكى قال عطاء كنا نتهمه بالكذب وبالله اى فى الضعف اثر عن ابن عباس رواه ابن ابى شيبة وفيه مجهول قال ثنا شيخ لنفيه يحيى عن روح بن القاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع واما ما رواه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن ابى يحيى الاسلمى اخبرنى عبد الله بن ابى بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فكتب فيهم الى عمر رضى الله عنه فكتب عمر رضى الله عنه ان اقطع ايديهم فاحسن منه بلا شك ما رواه ابن ابى شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهرى قال اتى مروان بقوم يختفون اى ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون انتهى واخرجه عبد الرزاق فى مصنفه اخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم ولذا احسن منه بلا شك ما روى ابن ابى شيبة ثنا حفص عن اشعث عن الزهرى قال اخذ نباش فى زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسال من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رايهم على ان يضرب ويطاف به انتهى فيح لا شك ... مذهبنا من جهة الآثار واما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما انه مالية فلا ... واما الحرز فلان القبر ... وثيابه تبع له فيكون حرزا لها ايضا وقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم القبر بيتا فى حديث ابى ذر حيث قال له النبى صلى الله عليه وسلم كيف انت اذا اصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعنى القبر قلت الله ورسوله اعلم او ما خار الله لى ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد رواه ابو داود وبوب عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به ابو داود ولانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شئ ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شيئا منها من شئ منها قطع ولو سرق الدرة من اصطبل او دت

ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد

خطيرة لا يقطع اولا ترى ان الوصي اذا كفن صبيا من مال الصبي لورثته شيئا فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان اخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب اولا منع الحرز لانه حفرة في الصحراء مأذون للعموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متعهد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى انه حرز تسمية او حاجة بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل من ان يكون في حرزيته شبهة وبه تنتفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكا وثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المص زيادة فكل منهما يوجب الدرء اما الاول فلان الكفن غير مملوك لاحد لا للميت لانه ليس اهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا لا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لانها ملك للغريم حتى كان له ان ياخذها بحجته فان منع ما قلنا من انه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا فتحققت شبهة في مملوكيته لقبولنا فلا يقطع به ايضا بل يقول لم تتحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما تجري فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم انه كفن به ميت الا نادرا من الناس واما الثاني فلان شرع الحد للانزجار والحاجة فيه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطي البهيمة واما الاستدلال بتسميته بيتا فبعد لان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه اربع حوائط لو صح للميت وليس القبر كذلك على ان حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز اصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان وهو كثير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درء بالممكن بل يجب حمله على بعض المال صدقات التي لا حد منها والله سبحانه اعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا اما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح انه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرع الحد وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا من تحقق الخلل في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد لص ذلك للامام ان يقطعه سياسة لا حدا وهو محمل ما روى ان صح قوله ولا يقطع السارق من بيت المال وبه قال الشافعي واحمد والنخعي والشعبي وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة ولنا انه مال العامة وهو منهم وعن عمر رضي الله عنه وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال ارسله فما من احد الا وله في هذا المال حق ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة بان سرق احد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما لما قلنا من ان للسارق فيه حقا قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له اخذه قبل الاجل ووجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة تصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن وكذا لو سرق اكثر من حقه لا يقطع لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا او غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو اخذ من غير جنس حقه وان كان حقه دراهم او دنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له اخذها اللهم الا ان يقول اخذتها رهنا بديني فلا يقطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن ابي ليلى قضاء لحقه او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك وان كان حقه دراهم

ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا ٥٥٥

فاخذ دنانير او على القلب اختلف فيه قيل يقطع لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له اخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ويقطع لو سرق حليا من فضة ودَينه دراهم ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ لهما ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع **قوله** ومن سرق عينا فقطع فيها فردها بان كانت قائمة ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي ومالك واحمد لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه فيما روى الدارقطني من حديث ابي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه عليه السلام اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث ولان السرقة الثانية مثل الاولى في سببية القطع بل افحش لان العود بعد الزاجر اقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق وخص ابا يوسف لان المسروق عاد تقومه بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو اتلفه بعد الرد فثبتت سببيته للقطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة فانه يقطع اتفاقا ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة انها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفاء السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه السلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع ان العين متحدة مع ان مشايخ العراق على انه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء على انا نمنعه فلا يتم القياس عليه عند مشايخ بخارى القطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وايضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر لتقدم المنغص وما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها حاج تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هي قليلة بالغرض فلم تقع في محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بان قال انا باق على نسبتي اليه الزنا الذي نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا اما لو قذفه بزنا آخر حد به واورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمراة التي زنى بها اولا بعد ان جلد حد زناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا ووقوعه في غير محل الحاجة اليه لو شرع واجيب بالفرق بان حرمة المحل في الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح تم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه اعني كون اقامة الحد اولا توجب ندرة العود فيوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بان القطع لا يستوفى الا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله **قوله** فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون المسروق الذي قطع به غزلا ثم نسج بعد رده فسرقه ثانيا قطع وكذا لو كان قطنا فصار غزلا لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورته

فصل فى الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة فى المال و فى الدخول فى الحرز والثانى للمعنى الثانى ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة وفى الثانى خلاف الشافعي رح لانه الحقها بالقرابة البعيدة قد بيناه فى العتاق ولو سرق من بيت ذى رحم محرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه

الثوب واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد و لا على لفظ المحل اى وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لامن اتحاد القطع وهى شبهة سقوط قيام العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجب اشياء آخر فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة اجيب بان التمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الحكم بشبهة الشبهة فلا تعتبر وفى شرح الطحاوى واذا سرق ذهبا او فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه انية او كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابى حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفى كفاية البيهقى سرق ثوبا فخاطه ثم نقض فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك ولو فعله الغاصب علم ليس في حكمه من اخرى *

فصل فى الحرز والاخذ منه قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لان الكلام فى ذاته ثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة اهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعى ان من جمع المال فى الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود ولا يعتبر الحرز اصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع قال ابن المنذر وقد ثبت ان لا قطع فى اقل من ثمن المجن و لا قطع فى حريسة الجبل فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الآثار الاحادية واما باخبار الاحاد وسيأتى ما هو ابلغ من ذلك ثم الحرز ما عده الحرز الا شيأ لان اعتباره ثبت بالشرع من غير تفسير على بيانه فيعلم به انه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يختلف فيه اختلافا لذلك وهو فى اللغة الموضع الذى يحرز فيه الشيء وكذا هو فى الشرع الا انه يقيد المالية اى المكان الذى يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا **قوله** ومن سرق من ابويه وان علياه او ولده وان سفل او ذى رحم محرم منه كالاخ والاخت والعم والخال والخالة والعمة لا يقطع وقال مالك وشذ و ذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له فى مالهما ولذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه بطل قوله فى الكافى اما فى الولاد فلا اختلاف فيه وقال ابو ثور وابن المنذر يقطع الاب ايضا فى سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعى يقطع فى السرقة من غير الولاد اما وجه الاول اى عدم القطع فى قرابة الولاد فلانها عادة تكون معها البسوطة فى المال والاذن فى الدخول فى الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعا وتخص سرقة الاب من مال الابن قوله عم انت ومالك لابيك اما غير الولاد وهو الذى اراد المصنف بقوله والثانى للمعنى الثانى اى الاذن فى الدخول فى الحرز فالحقه الشافعى بالقرابة البعيدة قال المصنف وقد بيناه فى العتاق اى سلف من بيان ان من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه نحن الحقناه بقرابة الولاد وقد راينا الشرع الحقهم بهم فى اثبات الحرمة وافترض الوصل فكذا الحقناهم بهم فى عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولان الاذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد والدملوج والصدر للقلادة وعدا فى الخلخال وذلك لان لزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهى مزاولة الاعمال وعدم احتشام احدهما من الآخر وايضا فهذه الرحم المحرمة نفترض وصلها ويحرم قطعها والقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرء ه ذكره فى الكافى وسيأتى ما فيه ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فدفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام او العمات مطلقا يونس

وان سرق من امه من الرضاعة قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا انبساط تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعي رح لتبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا

اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع الغريب ثم هو ان ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان انما في انت ومالك لابيك فان قلت فقد قال او صديقكم كما قال او بيوت اخوالكم والحال انه يقطع بالسرقة من صديقه اجيب بانه لما سرق ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا في حال العداوة ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وبنى الحكم على الوجه الذي قدمناه من ان في القطع القطعية فيتقرر وهو الموعود ولذا والله اعلم لم يعرج المصنف عليه **قوله** ومن سرق من امه من الرضاعة قطع وهو قول اكثر العلماء وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ولذا القطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة وجه الظاهر انه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت الحرمية بالزنا بان زنى بامرأة تحرم عليه امها وبنتها تقطع بالسرقة منها واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة فان فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق بها في اثبات القطع اولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطء ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور لابي يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب فانه يشتهر فلا يحتشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استيذان الخ والحاصل انا نسلم ذلك الا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استيذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع في سرقة مال امه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال امه من النسب **قوله** واذا سرق احد الزوجين من مال الآخر او العبد من سيده او امرأة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة فاختل الحرز وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي في احد اقواله وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لانه لا حق للمرأة في ماله الا النفقة وجه قولنا ان بينهما بسوطة في الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهي انفس من المال كانت بالمال اسمح ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفي موطا مالك عن عمر انه اتي بغلام سرق لامرأة لامرأة سيده فقال ليس عليه شيء خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى قال المصنف هي نظير الاختلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع احدهما بمال الآخر كما ان شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في احد قوليه فان قلت احد الزوجين ربما لا ينبسط الآخر في ماله بل يحبسه منه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يتحقق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال ابو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه او ابيه او زوج ابنته او زوج امه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يجب القطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق احد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد ان قضي بالقطع او لم يقض في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا قضي عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأته المبتوتة او المختلعة في العدة لا قطع وكذا اذا سرقت هي من الزوج في العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع **قوله** ولو سرق

قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ قال العبد الضعيف فالحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيما قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع خلافا لما اختاره في الفتاوى

المولى من مكاتبه لا قطع بلا خلاف لان للمولى حقا في اكسابه ولان مال الموقوف واثر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى او عتق كان له ولا يقطع في سرقة مال موقوف واثر بين السارق وغيره كما اذا سرق احد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبده او من زوجة سيده وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع لسرقته مال من عدا سيده كزوجة السيد لعموم الآية وتقدم اثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرآة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فحل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم في المدبر كذلك وكذلك السارق من المغنم لا يقطع لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضه ردا وتعليلا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن ابن عبيد بن الابرص وهو يزيد بن دثار قال اتي علي برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رض ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه قال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى ان هذا ليس مما نحن فيه الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقي الغنيمة واسناده ضعيف

قوله قال اي المصنف الحرز لا بد منه لوجوب القطع لان الاستسرار لا يتحقق دونه لانه اذا لم يكن حافظ من بناء ونحوه او انسان يتصدى للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اختفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا بنفسه يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاختفاء ولا يتحقق الاختفاء دون الحافظ فيختفي الاخذ منه او البناء فيختفي ودخول بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا آواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه واردة على وفق الكتاب لا مبين مخصص ثم هو على نوعين حرز بالمكان كالدور والبيوت والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما اعد لحفظ الامتعة فقد يكون بالحافظ ومنه ملك من الاماكن المبينة على ما ذكر في المحيط وذلك كمن جلس في الطريق او في الصحراء او في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد على ما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطا واحمد في مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي انه حديث صحيح وله طرق كثيرة والفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن ابيه انه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت راسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت راسه فاخذه فاتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اسرقت رداء هذا قال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطع يده في ردائي فقال فلولا كان قبل ان تاتيني به زاد النسائي فقطعه وفي المستدرك سماه خميصة ثمن ثلاثين درهما قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح احتراز عما في العيون على قول ابي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن ايضا وقت دخوله اذا كان ثمة حافظ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع وبه اخذ ابو الليث والصدر الشهيد في الكافي وعليه الفتوى

قال ومن سرق شيئا من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لأنه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله فيه لوجود الإذن عادة أو حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات إلا إذا سرق منها ليلا لأنها بنيت لإحراز الأموال وإنما الإذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لأنه محرز بالحافظ لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الإحراز بالحافظ

وهو ظاهر المذهب ووجه الصحيح أنه محرز بدون الحافظ لأن المكان في نفسه صالح للإحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه إلى ما فيه من المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الأصل فلا يعتبر وجوده معه فلهذا كان الأصح أنه إذا دخل الحمام في وقت الإذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا قطع لأن الحمام في نفسه صالح لصيانة الأموال إلا أنه اختل الحرز للإذن في دخولها ولذا يقطع إذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد لأنه ما وضع لإحراز الأموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وإن لم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح لأن البناء للإحراز إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج لقيام يد المالك قبل الإخراج من داره فلا يتحقق الأخذ إلا بإزالة يده وذلك بالإخراج من حرزه بخلاف المحرز بالحافظ فإنه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فيتم السبب موجبا ولا فرق في وجوب القطع بين كون الحافظ في الطريق أو الصحراء أو المسجد مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو تحت رأسه أو عنده وهو بحيث يراه لأنه يعد النائم عند متاعه وبحضرته كيف ما نام مضطجعا أو لا حافظا له في العادة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم باشتراط المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه ووجه الصحيح ما ذكرنا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير إذا حفظا الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنا بخلاف ما اختاره في الفتاوى فإنه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير إذا نام مضطجعا ثم ما كان حرزا لنوع يكون حرزا لجميع الأنواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي لو سرق لؤلؤة من إصطبل أو حظيرة غنم قطع بخلاف ما إذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد رحمه الله عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما إذا لم يكن معها من يحفظها فإن كان قطع إذا لم يكن راعيا فإن كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع وكذا في المنتقى عن أبي حنيفة وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الإسبيجابي عن بعض أصحابنا كل شيء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الأماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول الشافعي **قوله** ومن سرق شيئا من حرز أو غير حرز كالصحراء وصاحبه عنده يحفظه قطع لأنه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين وهذا العموم يتناول ما إذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به إذا كان وقت الإذن لأن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فإنه حرز على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله تقييد له فإنه بعمومه يقتضي أن لا يقطع وإن كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا تفريع على تعيين الأصل المذكور **قوله** ويدخل في ذلك أي يدخل في بيت أذن في دخوله الخانات والحوانيت فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فإن التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فإذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع وكذا الخانات إلا إذا سرق منها ليلا لأنها بنيت لإحراز الأموال فإنما اختل الحرز بالنهار للإذن وهو منتف بالليل ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لأنه محرز بالحافظ لأن المسجد لم يبن لإحراز الأموال فلم يكن محرزا بالمكان ليقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالإذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالأخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه التحت

ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيرها مضاف اليه لسوقه

راسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع **قوله** ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بالاذن صار بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل ومن صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا لو اخرج اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا فبالاذن في الدار اختل الحرز في البيوت وسياتي ما يفيد هذا **قوله** ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ وهتك الحرز فان كانت فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع هذا كلام محمد واول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه اهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء اهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون بها انتفاعهم بالسكة لانها على هذا التقدير يعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة وجاءوا بابا يغلق فنقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا قيم في الاصل لا ول قال بعضهم لا قطع عليه اذا اتلف المسروق في يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد **قوله** وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع يريد دخل في مقصورة على غيره فاخذ بسرعة يقال اغار الفرس والثعلب في العدو اذا اسرع وقوله فسرق تفسير لقوله اغار **قوله** واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال فناوله آخر خارج البيت عند النقب او على الباب فلا قطع عليهما بلا تفصيل بين اخراج الداخل او ادخال الخارج يده ثم روى عن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع وعلل للاطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروجه اي قبل خروج الداخل او جاز ان يقطع الداخل كما عن ابي يوسف لانه دخل الحرز واخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كالمؤثر في ثبوت الشبهة في السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل بل تمت بالداخل وحده وانما يتم بهما اذا ادخل الخارج يده فاخذها وفيه قال ابو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا هو محقق لا بي يوسف وقال ان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق في هذه الصورة الا اذا اتفق ان خارجا راى نقبا فادخل يده فوقعت على شيء مما جمعه الداخل فاخذه فظاهر انه لا قطع على واحد منهما قال والمسئلة بناء على مسئلة اخرى تاتي يعني مسئلة نقب البيت والقاءه في الطريق ثم خرج واخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج واخذه قيل يقطع والصحيح انه لا قطع قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فاخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه اخرج ذكره التمرتاشي وقال في المبسوط فيما اذا اخرجه الماء بقوة جريه الاصح انه يلزمه القطع وقول الائمة الثلاثة لان جري الماء به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا او جريه ضعيفا فاخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة الذنب

واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد

لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل ان يخرج به ولو القاه الداخل في الطريق ثم خرج واخذه قطع به وبه قالت الائمة الثلاثة خلافا لزفر له ان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذه بان تركه او اخذه غيره وكذا الاخذ من السكة غير موجب للقطع فلا يقطع بحال ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او الفرار ان ادرك ولم يعترض على المال الذي اخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لمال صاحب الدار عداوة ومضارة لا سارق واذا اخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل ان يد السارق ثبتت عليه وبالالقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى الا ترى ان من سقط منه مال في الطريق فاخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو اخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية وكذا اذا حمله على حمار فساقه فاخرجه لان سيره مضاف اليه بسوقه فيقطع وفي المبسوط الى السرقة وكذا اذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع ولو خرج بلا زجر لا يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل اليها وكذا اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق لم يسق الطائر فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع **قوله** واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاخذ ان نسب الى الكل فالاخراج انما وجد منه فانما تمت السرقة منه فقط نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم لان الاخراج وان قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى واذا باشر بعضهم القتل والاخذ فالباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم وان قدره القاتل والآخذ انما هي بهم فكذا هذا فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع فكان شرعا بهذا القدر تم الوجه وقوله بعد ذلك فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ان منع لم يضر وانما منعه في دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وابد حبسهم الى ان تظهر توبتهم **قوله** ومن نقب البيت وادخل يده فاخذ شيئا لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا وروي عن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا لذلك فكان المقصود من الدخول فقد وجد فاعتبار شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا اثر لها غير انه حصل وصار كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي او في الجوالق والغطريفي درهم منسوب الى الغطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد كانت دراهمه من اعز النقود ببخارا قال المصنف ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال وعرفت ان هذا في حيز المنع منهم فاثبته لقوله تحرزا عن شبهة العدم اي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فان الناقص لشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها اخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط الوجود بها اذ قد تحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد تحقق معه في كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شئ ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد اليه وقلما يدخل الانسان يده من كوة بيت فيقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير ممكن فسقط

وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقربه على ما اخترناه من قبل ذكره في بعض النسخ وقد نام عليه ...

اعتباره بخلاف البيت وبخلاف ما تقدم من حمل اللص المتاع فانه هو المعتاد **قوله** ومن طر اي شق صرة والصرة الهميان الى من الصرة هنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم قطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر تحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر تحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه اخذ الدراهم ح من باطن الكم وان كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لانه ح ياخذها من خارج الكم فظهر ان انعكاس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه اي الطرار يقطع على كل وهو قول الائمة الثلاثة لان في صورة اخذه من خارج الكم ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه اذا كان محرزا لصاحبه وهو نائم الى جنبه مثلا يكون محرزا به وهو يقظان والمال يلاصق به اولى قلنا بل الجواب ان الحرز هنا ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم او الجيب لا قيام نفسه فصار الكم كالصندوق وهذا لان المطرور كمه اما في حال المشي او في غيره فمقصوده في الاول ليس الا قطع المسافة لا حفظ المال وان كان الثاني فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فانه متاعب للنفس فيريد ليريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر في هذا الباب الا ترى ان من شق جوالقا على جمل يسير فاخذ ما فيه قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منتهكا للحرز فيقطع ولو اخذ الجوالق بما فيه لا يقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع لانه ليس محرزا بل ما فيه محرز به فكذا يقطع فيما فيه دونه بخلاف ما لو كان الفسطاط ملفوفا عنده يحفظه او في فسطاط آخر فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وان كان الراعي معها لان الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي بخلاف ما لو كانت في حظيرة بنا لها وعليها باب مغلق فاخرجها منه قطع لانها بيت لحفظها وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره لنوم او هو نائم او مشغول فليست محرزة وكذا اذا اخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطرة يقطع وبما ذكر من التفصيل في الطر ظهر ان ما يطلق في الاصول من ان الطرار يقطع انما ياتي على قول ابي يوسف **قوله** وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن فيه شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وعند الائمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في اخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الاخذ واما القائد فحافظ للجمل الذي زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم لوجوده وفرض ان قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافي ان يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به وكونه لم يوجب القطع في حريسة الجبل يحمل على ترك الراعي اياها في المرعى وغيبتها عن عينه او نومه والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم اثر بعض **قوله** وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا للحفظ وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة كذا

فصل في كيفية القطع واثباته قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رض ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رح وقال الشافعي رح في الثالث يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد

النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل يعني عند التصحيح وقوله لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وذكر في بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار وهو انه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده او تحته.

فصل في كيفية القطع واثباته ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه فالقطع لما تلوناه من قبل وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة انما اضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد ان يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد ثني وقال ظهراهما مثل ظهور الترسين والافصح الجمع واما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح انه لا اجمال في فاقطعوا ايديهما وقد قطع عم اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعلوه وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين انفع من اليسار لانه يتمكن بها من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادة من طلب الايسر لهم ما امكن واما كونه من الزند وهو من مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم او ضعفهم وروي فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه ثم امر بقطعه من المفصل وضعف بالعذري وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمرو قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا اعرف له حالا واخرج ابن ابي شيبة عن رجاء بن حيوة ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وانما فيه الارسال واخرج عن عمر وعلي رض انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله اعلم بصحته وتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يعتدوا في الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما الى الرسغ اطلاقا اشهر منه الى المنكب بل صار تبادره من اطلاق اليد فكان اولى باعتباره فلئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد او ما الى الرسغ فتعين ما الى الرسغ درءا للزائد عند احتمال عدمه واما الحسم فقد روى الحاكم من حديث ابي هريرة انه عم اتي بسارق سرق شملة فقال عم ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه ابو داود في المراسيل وكذا رواه القاسم بن سلام في غريب الحديث واخرج الدارقطني عن حجية عن علي انه قطع ايديهم من المفصل ثم حسمهم فكاني انظر اليهم والى ايديهم كانها ايور الحمر والحسم الكي لينقطع الدم وفي المغرب والمغني لابن قدامة هو ان يغمس في الدهن الذي اغلي وثمن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندهم لانه امر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على السارق وقول المص لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي واحمد انه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويستحب تعليق يده في عنقه لانه عم امر به رواه ابو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه عم في كل من قطعه ليكون سنة **قوله فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى** بالاجماع فقد روي فيه حديث قدمناه ثم تقطع من الكعب عند اكثر اهل العلم

ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها او رجلا يمشي عليها

وفعل عمر ذلك قال ابو ثور والروافض تقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها قال فان سرق ثالثا لا يقطع بل يعزر ويخلد في السجن حتى يتوب او يموت وقال الشافعي في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه فهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن اخرج ابو داود عن جابر قال جيء بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال فاقطعوه فقطع ثم جيء به في الثانية فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الثالثة فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فالقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائي حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي واخرج النسائي عن حماد بن سلمة انبانا يوسف بن سعد عن الحارث بن حاطب اللخمي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد ابي بكر حتى قطعت قوائمه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال ابو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وقال المعه وروي مفسرا كما هو مذهبه اخرجه الدارقطني عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفي سنده الواقدي وبطرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن وكذا طعن الطحاوي كما ذكره المعه فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها اصلا وفي المبسوط الحديث غير صحيح والاحتجاج بفعلهم في مشاورة علي ولكن سلم يحمل على الانتساخ لانه كان في الابتداء تغليظ في الحدود والا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع ايدي العرنيين وارجلهم وسمر اعينهم ثم انتسخ ذلك واما فعل ابي بكر وعمر فروى مالك في الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان رجلا من اليمن اقطع اليد والرجل قدم فنزل على ابي بكر الصديق فشكى اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلي في الليل فيقول ابو بكر وابيك ما ليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لاسماء بنت عميس امراة ابي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي عند صائغ زعم ان الاقطع جاءه به فاعترف الاقطع وشهد عليه فامر ابو بكر فقطعت يده اليسرى وقال ابو بكر لدعاءه على نفسه اشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قدم على ابي بكر رجل قطع فشكى اليه ان يعلى بن امية قطع يده ورجله في سرقة وقال والله ما زدت على انه كان يولني شيئا من عمل فخنت في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له ابو بكر ان كنت صادقا فلاقيدنك منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى فقد آل ابي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم اظهر من سرق اهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له ابو بكر ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع يده الثانية قال محمد بن الحسن في موطئه قال الزهري ويروى عن عائشة قالت انما كان الذي سرق حلي اسماء اقطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب اعلم بهذا الحديث من غيره وهذا قد حكي عن عثمان وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز انه تقطع في المرة الثالثة كما هو ظاهر ما روي عن ذلك وذهب مالك والشافعي الى انه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة **قوله** ولنا قول علي رضي الله عنه قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا اني لاستحيي من الله ان ادعه ليس له يد ياكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها ومن طريق

وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوى رح او نحمله على السياسة

محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا اتي به بعد ذلك قال اني لاستحيي ان ادعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه واخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اقطع يده بأي شيء يتمسح وبأي شيء يأكل اقطع رجله على اي شيء يمشي اني لاستحيي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن ابي شيبة ان نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي رض واخرج عن سماك ان عمر استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي واخرج عن مكحول ان عمر قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها وهذا اكله قد ثبت ثبوتا لا مرد له فبعيد ان يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوافر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع صلى الله عليه وسلم اربعة ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله ولا خبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين بل اقل ما في الباب ان كان نقل لهم انهم ان غابوا فلا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على اربعة واما لعلمه ان ذلك ليس حدا مستمرا بل من رأى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله فانعقد اجماعا فيه اشعار بان ما نحن فيه اخرج ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور حدثنا ابو معشر عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال حضرت علي بن ابي طالب رض اتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال قتلته اذا وما عليه القتل بأي شيء يأكل الطعام بأي شيء يتوضأ للصلوة بأي شيء يغتسل من جنابته بأي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن اياما ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده جلدا شديدا ثم ارسله وقال سعيد ايضا حدثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال اتي عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فامر ان تقطع رجله فقال علي قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها اما ان تعزره واما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال علي رض وموافقة عمر رض له قال المص ولانه اهلاك معنى هو من قول علي رض قتلته اذا والحد زاجر لا مهلك ولانه نادر الوجود اي يندر ان يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر غير مرة بخلاف القصاص يعني لو قطع رجل يدي رجل قطعت يداه او اربعة لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب فلا اجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر مقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث امكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق مرة واحدة

وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا إن كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام لأن قوام البطش بالإبهام فإن كانت أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع لأن فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الإصبعين لأنهما تنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش قال وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا له أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما أنه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح

فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والإجماع وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم **قوله** وإن كان السارق أشل اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى أو كانت رجله اليمنى شلاء لا يقطع لأن في القطع والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما إذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة أو مشيا إذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة إهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لأن المشي لا يتأتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة ولهذا لا تقطع يمين السارق إذا كانت إبهام يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام لأن فوتهما يقوم مقام فوت الإبهام في نقصان البطش بخلاف فوت أصبع واحدة غير الإبهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل أن الشلل وقطع الإبهام والأصابع لو كان في اليد اليمنى أنه يقطع لأنها لو كانت صحيحة قطعت فكيف إذا كانت ناقصة وإنما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الإبهام المحل بالبطش فوات ثلاث أصابع وهنا جعل إصبعين لأن الحد يحتاط في درئه **قوله** وإذا قال الحاكم للحداد أي الذي يقيم الحد فقال منه كالجلاد من الجلد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يؤدب وبه قال أحمد وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد أرش اليسار وعند زفر يضمن في الخطأ أيضا بخلاف ما لو قال لا أقطع يمينه فأقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما إذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق ولو كان أتلفه لأن سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى لا يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف **قوله** والمراد أي المراد بالخطأ الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر الخطأ في الاجتهاد ومعناه أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في أن قطعها يجزي عن قطع السرقة نظرا إلى إطلاق النص هو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما أما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا لأنه بعيد تهمة فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد وإنما يكون معنى العمد أن يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في إجزائها وقيل الخطأ في اليمين والشمال يجعل عفوا أيضا لزفر أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا أنه إنما أخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع بالإجماع وهذا موضع اجتهاد لأن ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار ولهما في العمد أنه جائز حيث قطع يدا معصومة بلا تأويل تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات لأنه هو لم يفعله عن اجتهاد وكان ينبغي أن يجب القود إلا أنه سقط للشبهة الناشئة من إطلاق النص ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وإن أتلف بلا حق ظلما لكنه أخلف من جنسه ما هو خير له وهي اليمين فإنها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لأن قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيئا وإنما جعلنا أنها أخلف لأن اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها إلى خلف استمرارها وبقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة لأن منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي وأما إن قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئا أصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بألفين وقيمته ألف وشهد بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيئا **قوله** وعلى هذا أي على تعليل أبي حنيفة بالإخلاف لو قطع يساره غير الحداد أيضا لا يضمن للإخلاف وهو الصحيح احترازا عما ذكره الإسبيجابي في شرح لمختصر الطحاوي حيث قال هذا كله إذا قطع الحداد أو بأمر السلطان ولو قطع يساره غيره فعليه

وإن أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعها بأمره ثم في العمد عند أبي حنيفة عليه ضمان المال لأنه لم يقع حداً وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته وكذا إذا غاب عند القطع عندنا لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه أيضاً وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه

القصاص وفي الخطاء الدية **قوله** وإن السارق أخرج يساره وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن وإن كان عالماً بأنها يساره بالاتفاق لأنه قطعها بأمره ثم في العمد عند أبي حنيفة على السارق ضمان المال إذا كان استهلكه لأنه لم يقع حداً أعني الخطاء كذلك على هذه الطريقة أعني طريقة عدم وقوعه حداً وقيل طريقة الاختلاف ولأن منهما عدم وقوعه حداً وكلاهما واحد إلا أن الأول أقرب إلى اللفظ وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لأنه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وإنما خص أبا حنيفة بلزوم الضمان على السارق عند القطع مع أنهما أيضاً يضمنانه لأن توهم أنه لا يضمن إنما ثبت على قوله لأنه لما لم يوجب على الحداد ضمان قد يتوهم أنه لا يضمن السارق بناء على أن قطع الحداد وقع حداً ولذا لم يضمنه فأزال الوهم بأنه إنما لم يضمنه لا خلافه لا لوقوعه حداً **قوله** ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه ويطالب بالسرقة لأن الخصومة شرط لظهور السرقة والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي وأحمد وقال مالك وأبو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا **قوله** فلا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار وهو خلاف الأصح عنده والأصح عنده أن الإقرار كالبينة يعني إذا أقر الرجل عند الحاكم أني سرقت مال فلان نصاباً من حرز لا شبهة فيه لا يقطع حتى يحضر فلان ويدعي وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف لأن خصومة العبد ليس إلا لظهور سبب القطع الذي هو حق الله تعالى وبالإقرار يظهر السبب فلا حاجة إلى حضوره والجواب أنه ما لم يظهر تصديق المقر له في المقر به فهو للمقر ظاهراً ولذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز وإن شبهة الإباحة بإباحة المالك للمسلمين أو لطائفة السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجود إذنه له في دخول بيته فاعتبرت المطالبة وفعا لهذه بخلاف الزنا فإنه لا يباح بإباحة بوجه من الوجوه فلم تتمكن فيه هذه الشبهة والحق أن احتمال الإباحة للملك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سيفيها المصنف وسيتضح ذلك فالمعول عليه ما ذكرنا من أن ملك المقر قائم ما لم يصدقه المقر له **قوله** وكذا إذا غاب المسروق منه عند القطع لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي وأحمد خلافاً لمالك لأن الإمضاء من القضاء في الحدود وعلى ما مر وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت أن الأصح أنه كقولنا ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال وللمستودع لنحو المال والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم أي إذا سرق الوديعة أو المال المغصوب والصاحب الربا كالمشتري عشرة بخمسة إذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب إذ المشتري شراء فاسداً في يد المشتري كالمغصوب ولرب الوديعة أن يخاصم ويقطعه كالمودع وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة كمتولي الوقف والأب والوصي يقطع السارق لما في أيديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم ويقطع أيضاً السارق من هؤلاء بخصومة المالك بما في أيديهم إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده والتصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس يعني للمالك أن يسترد الرهن كالمودع ليسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالاً منه وقيد بقوله حال قيام الرهن لأنه إذا كان مستهلكاً لا يقطع إلا بخصومة المرتهن لأن الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لأنه

والشافعي رحمه الله بناه على اصله اذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ لا اعتبار بحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة

ولا للحفظ وفي غاية البيان وينبغي ان يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن ازيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد امانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته قوله والشافعي رحمه الله بناه اي بنى عدم القطع بخصومتهم على اصله وهو ان لا خصومة لهم في الاسترداد عند وجوده في يد المال المودع كما في غير المودع الا ان يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم ابقاء السبب فلا يملكونها لاعادة اليد ولي قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول مالك من يد المستعير ايضا وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ولا يظهر في حق القطع لان فيه اي في القطع تفويت الصيانة لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصير خصومته لاثبات الحفظ سببا لنفيه ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا وهذه النكتة هي مبنى الخلاف اعني كون خصومتهم معتبرة فاثبتها بقوله اذ لا اعتبار بحاجتهم الى الاسترداد والاحسن ان يقال لهم ولاية الحفظ وهو بالاستعادة فكان استعادتها حقا لهم كما ان ذلك للمالك بل المالك في الحقيقة لم يرد الا اليد وهذا لان ذا اليد ان كان امينا لا يقدر على اداء الامانة الا بها فان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومته في حق لهم ثم تظهر بها السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق مني وقصده احياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته في القصاص لا تعتبر فلا تقتص بخصومته لانه ليس فيه حقه في اعادة يده واورد ان في صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احد الحجتين وكذا لو اقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع انه يقطع اجيب بان المستعير ومن ذكر معه اصحاب يد صحيحة وبها ان لهم حق الاسترداد بخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل الا ترى انه لا يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره وفي فصل الاقرار شبهة زائدة هي جواز ان يكذبه المالك في اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم اجاب عن قول زفر بقوله وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء حقا لله وان لزم غير مقصود ولا دائم لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع انه مهدر في اعتبار الشرع بدليل الاجماع على ان يقطع بخصومة الاب والوصي بسرقة مال اليتيم وان لزم سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة جواب عن مقدر هو ان يقال احتمال اقرار المالك اي اعترافه بالمال واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابتة لا توهمها في الحال لا على تقدير ينتفي في الحال الا ترى ان القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع قطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي او اذنت له في الدخول في بيتي ولا يخفى ان لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرناها عنهم في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز انه اذا حضر قال كنت ابحته للمسلمين او لطائفة السارق منهم كما جاز ان يقول هو سواء فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك لسبب قيام احتمالها في نفس الامر على تقدير حضوره المنتفي في الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان اذن له او اشهد له قائم في الحال

(وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني) لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول) لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع) وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا (واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة

وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد انه قال ليس للمالك ان يطلبه حال غيبة المستودع **قوله وان قطع سارق بسرقة** فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال ان يقطع السارق الثاني وبه قال احمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول اولا وللشافعي ان المالك لا يجب على السارق ضمانه فكان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا يد ملك فكان السارق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم اقطع الثاني وان درئت القطع عن الاول لشبهة قطع الثاني ومثله في الاملاء لابي يوسف واطلاق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول احمد لان يده ليست يد امانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع في اخذ مال ضائع قلنا بقي ان يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وفي رواية اخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا ملك والرد منه ليس باولى منه الى المالك والوجه انه اذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده الى الاول ولا الى الثاني اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثاني الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ اموال الغيب ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ عنه القطع لشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار يده كيد الغاصب **قوله ومن سرق سرقة فردها على المالك** قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد ولانا نعني الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهي انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت المنازعة بالرد بخلاف ما بعد المرافعة اي بخلاف ما لو رده بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة اذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين ان يرد قبل الخصومة الى يد المالك او يد ابيه او امه او جده او جدته وان لم يكونوا في عياله وكذا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذوي رحمه المحرم كاخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرأ ولا يقطع كما لو رده الى زوجته او عبده او مكاتبه او اجيره مشاهرة او مسانهة او الى غلامه او مسانهته يبرأ في هؤلاء كلهم ولا يقطع ولو سرق من المكاتب ورد الى سيده او من العيال ورده الى من يعولهم او سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع اما الغاصب فلا يبرأ بالرد الى الاب والام ولا الى ولده واقاربه المحرمة الذين في عيالهم ولا الى الزوجة ومن ذكرنا معهم **واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك وسلمها اليه او باعها منه لا يقطع وقال زفر والشافعي ومالك واحمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وفعلا بلا شبهة وظهورا عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لو صح اعتبار عارض الملك المتاخر متقدما بالتثبت اعتباره وقت السرقة فلا موجب لذلك فلا يصح ولا شبهة فيقطع وما ينبغي صحة ذلك الاعتبار

ولنا أن الإمضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء إذ القضاء للإظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمه الله اعتبارا بالنقصان في العين ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما إذا استهلكه كله أما نقصان السعر غير مضمون فافترقا وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وكان يقول أولا لا يقطع لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة ووجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر

ما في حديث صفوان أنه قال يا رسول الله لم أرد هذا ردائي عليه صدقة فقال عليه السلام فهلا قبل أن تأتيني به رواه أبو داود وابن ماجه زاد النسائي في رواية فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو أقر بالسرقة بعد القضاء فإنه لا يقطع لأن بالإقرار يظهر الملك للسارق فينتفي القطع قوله ولنا أن الإمضاء يعني استيفاء الحد بالفعل من القضاء في باب الحدود فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشأن في بيان أن الاستيفاء من القضاء وهو القضاء في هذا الباب وقد بيناه في حد الزنا إلا أن المصنف ذكر هنا بيانا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بقوله لوقوع الاستغناء عنه أي عن القضاء بالاستيفاء حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة بالقطع بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لأن المقصود من القضاء باللفظ ليس إلا الإظهار أي للمستحق ليستوفي حقه والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر إلى الإظهار فلا حاجة إلى القضاء لفظا بل لا يجب ونحوه والواجب عنده إنما هو الاستيفاء وإذا كان كذلك فالخصومة شرط فيشترط قيامها عند الاستيفاء كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة بخلاف رد المال المسروق بعد القضاء بالقطع لأنه تنتفي الخصومة والشيء بانتفاء ما يعتبر ليكون الخصومة بعد ومتقررة فيقطع وأما الحديث ففي رواية كما ذكره في رواية الحاكم في المستدرك أنا أبيعه وأنسيه ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا وقوله يقطع رجل من العرب في ثلاثين درهما ولم يثبت أنه سلمه إليه في الهبة ثم الواقعة واحدة ومتى كان في هذه الزيادة اضطراب وجب الانتفاء في الاضطراب ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان لقصد الهبة في ذلك لا يكون مالكا قبل القبض قوله وكذلك إذا نقصت قيمتها أي قيمة السرقة أي العين المسروقة من حيث السعر بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب وعن محمد يقطع وهو قول زفر والأئمة الثلاثة اعتبارا بالنقصان بعينها إذا كانت ذات العين قد نقصت وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة فيقطع بالاتفاق فكذا إذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء وكذلك ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الاستيفاء لما ذكرنا أن الاستيفاء من القضاء وهو منتف في نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لأن المستهلك مضمون عليه فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بعضه عين وبعضه دين بخلاف نقصان السعر فإنه لا يضمنه وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فإنه يقطع به قياسا فكذا ثم يسقط ضمانه قوله وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة قال المصنف معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة وإنما فسره ليخرج ما إذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فإنه لا يقطع بالإجماع ولكن يلزمه المال وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه وهو أحد قوليه كذا ذكره بعضهم وهو رواية عن أحمد لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سد باب الحد إذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه أنه لا يقطع وقيل هو نص الشافعي وعن أحمد رواية أنه إذا كان معروفا بالسرقة قطع لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال لأن الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المصنف ولا معتبر بما قال من أنه يفضي إلى سد باب الحد بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار إجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع أنه يعتبر رجوعه شبهة دارئة إذا رجع على أنه ممنوع فإن من لم يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا قوله وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا لأن الرجوع عامل في حق الراجع منهما ويورث الشبهة في حق الآخر لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة فتتحد فتتحقق الشبهة فيهما قوله فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر الحاضر منهما في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وقول الأئمة الثلاثة وكان يقول أولا لا يقطع لأنه إن حضر

وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه تقطع يده وترد العشرة إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله تقطع والعشرة للمولى وقال محمد رحمه الله لا تقطع والعشرة للمولى ومعنى هذا إذا كذبه المولى ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجوه كلها وقال زفر رحمه الله لا يقطع في الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأنه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الإضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد رحمه الله أن إقرار المحجور عليه بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى ويؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دون القطع وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت وإذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبع بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولأبي يوسف رحمه الله أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه والقطع يستحق بدونه كما إذا قال الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وإن كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الثوب لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع

ربما يدعي شبهة والسرقة واحدة فتحقق في حقهما وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما فإنما علمت الشهادة في حق الحاضر فقط ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع إلا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت بينة أخرى وكذا إذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الأول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الأئمة **قوله** وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها حاصل وجوه هذه المسئلة أن العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه وفي كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له إذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن لا يضمن المال وإن أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول الأئمة وإن كان مأذونا يقطع في الوجهين ويرد المال إلى المقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وإن كان العبد محجورا فإن أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وإن أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله قال زفر لا يقطع في الوجوه كلها أي فيما إذا كان العبد محجورا والإقرار بهالكة أو قائمة أو مأذونا والإقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا أعني إقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة يقطع ويرد لمن أقر بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثلها أو قيمتها بعد العتاق للمقر له وقال الطحاوي سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الأقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الحملان في الزكاة ومعنى المسئلة إذا كذبه المولى في إقراره وقال المال مالي أما إذا صدقه فلا إشكال في القطع ورد المال للمقر له اتفاقا هذا كله إذا كان العبد كبيرا وقت الإقرار فإن كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه إن كان مأذونا يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما وإن كان هالكا يضمن وإذا كان محجورا فإن صدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما ولا ضمان عليه إن كان هالكا ولو بعد العتق وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال إن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأن إقراره بهما يرد أثره على نفسه أو طرفه بالإتلاف وكل ذلك مال المولى فالإقرار به إقرار على مال الغير والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له لما تضمن إقراره الإقرار بالمال والطرف بطل بالطرف يؤاخذ بالمال بضمانه إن كان هالكا ويرده إن كان قائما لصحة إقراره بالمال لكونه مسلطا على الإقرار به من جهة المولى حيث أذن له ونحن نقول الإقرار بما ذكر صحيح لأن أثر الإقرار بما يرجع إليه من حيث هو آدمي لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ألا ترى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان مبقى فيه على أصل الحرية فيملكه كالطلاق ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار المبطل في حق السيد لأن ضرره الراجع إليه به فوق ضرره الراجع به إلى المولى لأنه يفوت عليه نفسه أو طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما إذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فإنه تقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لأن ما يلزمهم من ذلك يلزمه مثله فينفذ في حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا لو أقر المفلس بعد الحجر بالقتل العمد يقبل إجماعا وإن كان فيه إبطال ديون الناس ولمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح إقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى إذ الغرض تكذيب المولى في إقراره فنفذ إقراره بسرقة مال المولى

قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت الى صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يتمنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع

وبسرقة مال المولى لا تقطع وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد اي يؤكد ما ذكرنا من عدم القطع ان المال في لزوم القطع اصل والقطع تابع والتابع من حيث هو تابع لا يتحقق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع وبيان المال اصل ان الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال اريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع وكذا يثبت المال في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها واقام رجلا وامراتين شهدوا بها فانه يقضى بالمال دون القطع وكذا اذا اقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع وفي عكسه لا يسمع حتى لو قال المسروق منه اريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فانما يصح في حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع ولابي يوسف انه اقر بشيئين اي اقر بما يوجب شيئين القطع وهو اقرار على نفسه فيقطع على ما ذكرنا مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص والمال وهو اقرار على المولى وهو يكذبه فلا يصح في حق المولى والقطع يستحق بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع فلا يلزمه المال وكذا لو هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى ولابي حنيفة ان الاقرار في حق القطع قد صح مبنيا في الكلام مع زفر من انه آدمي الخ ويلزمه صحته بالمال اذ يتعين المولى لاستحالة ان يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه لما صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم لحكم الشرع بكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هذا تم الوجه وزيادة قولهم لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله بخلاف مسألة الحر يريد الزام ابي يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع الى عمرو فكذا جاز ان يقطع بما اقر به من مال الاجنبي ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع في المسألة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وانه وديعة عند زيد او غصب وادعى زيد ان الثوب له جاز كونه انكار الوديعة غير ان المقر ليس خصما في ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع او مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى او مغصوبا عند المقر لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لانه لما لم يضمن بالاستهلاك ولزمه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية اخرى له فيه اولى وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين وروى الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما اي في الهلاك والاستهلاك وهو قول احمد والحسن والنخعي والليث والبتي واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا انه يرد على المالك وكذا اذا باعه او وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله انا اضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما اخذت حتى ترده لانه اتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حقي القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين احدهما

لأنه يملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ فتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي ولأن المحل لا يبقى معصوماً حقاً للعبد إذ لو بقي لكان مباحاً في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة

حق الله تعالى وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والأخرى حق الشرع فيقطع حقاً لله وليضمن حق العبد وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء حقاً لله والقيمة حقاً للعبد وكشرب خمر الذمي على قولكم فإنكم تحدونه حقاً لله تعالى وتغرمونه قيمتها حقاً للذمي فهذا إلزام فإنهم لا يضمنون الخمر باستهلاكها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وضعفه ابن المنذر بأن المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فإنه مسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن إبراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فإن إسحق بن الفرات رواه عن المفضل فأدخل بين يونس بن يزيد وسعد بن إبراهيم الزهري فقال ابن المنذر سعد بن إبراهيم هذا مجهول وقيل إنه الزهري قاضي المدينة وهو أحد الثقات الأثبات وعندنا الإرسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأمانته وذلك الساقط إن كان قد ظهر أنه الزهري فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة إنه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع بما أتى الخبر لا يضمن السارق سرقة بعد إقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ فيتبين أنه أخذ ملكه ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعاً فما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي والمؤدي إليه الضمان فينتفي الضمان ولأن المسروق لا يبقى مع القطع معصوماً حقاً للعبد إذ لو بقي كان مباحاً في نفسه وإنما حرم لمصلحة العبد فكان حراماً من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة إذ الشبهة ليست إلا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد لكن الحد وهو القطع ثابت إجماعاً فكان محرماً حقاً للشرع فقط كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله ولا يقال جاز كون الشيء محرماً لغيره ولنفسه كالزنى في نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحاً في نفسه لأنا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرماً إلا لغيره وقت استخلاصه الحرمة لنفسه ثم قبيل فعل السرقة القبلية التي علم الله تعالى اتصالها بها السرقة وإنما تبين لنا ذلك بتحقق القطع فإذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقاً له تعالى في ذلك المال كما نعلم أن الأب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له لظهور دعواه ولدها إلا أنا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها إليه قبيل الوطء القبلية التي علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا في أعتق عبدك عني بألف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط فإن قلت فما وجه رواية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت إلى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغي أن لا يفترق الحال فأجاب المصنف عنه بقوله إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر إنما الضرورة في نفي شبهة الإباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع وكذا الشبهة أي شبهة الإباحة إنما تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاستهلاك ووجه المشهور أن الاستهلاك وإن كان فعلاً آخر إلا أنه إتمام للمقصود بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدوداً منها فتعتبر الشبهة فيه كما اعتبرت في السرقة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان في فصل الاستهلاك لانتفاء المماثلة بين المسروق والضمان لأن المسروق معصوم حقاً للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقاً في حالتي الهلاك والاستهلاك

قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي اما الوجوب بالجناية فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك

فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شرب خمر الذمي لانه اتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل حق الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا امرين متباينين ومثله صيد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد انه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الايضاح قال ابو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع كمن دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا من اموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر اثره في حق الحكم واما ديانة فيعتبر قضية السبب قوله ومن سرق سرقات فقطع في احد بالخصومة صاحبها وحده فهو اي ذلك القطع لجميعها ولا يضمن شيئا لارباب تلك السرقات عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا السرقة التي قطع فيها فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا من السرقات بالاتفاق لهما ان الحاضر ليس نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع لسرقاتهم فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم فاذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة فقد وجد لازمه وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها في نفس الامر علم القاضي بها او لم يعلم ولا اثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب ثم يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب

باب ما يحدث السارق في السرقة ومن سرق ثوبا فشقه في الدار قبل ان يخرجه من الحرز بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة بعد الشق قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع وان كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلفت العبارات في افادة قول ابي يوسف في بعضها ما يفيد انه روي عنه وان الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن ابي يوسف وكذا قول الاسبيجابي ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع محمد وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وشمس الائمة البيهقي زاد وقال في الكفاية وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وفي بعضها ما يفيد انه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال ابو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وقال ابو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله ان السرقة ما تمت الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم اسقط البائع الخيار فانه لا يقطع لذلك هو ان السرقة تمت على عين غير مملوكة ولكن فيه سبب الملك للسارق ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان ولا يخفى ان المناسب ان يقول ان الشق وضع سببا للضمان لا للملك وثبوت ولاية الغير ان يملك ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين ثم انما تكون تلك الولاية موجبة للشبهة

وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه

اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما فتحت عليه لا في ما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع ان نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق تكلف في تقريره بان قيل الاخذ سبب للضمان لانه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا فكما لا يعتبر فالاخذ شبهة دارئة للقطع بل يقطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين فيثبت ضرورة اداء الضمان والقضاء به وشله لا يورث شبهة والا لثبت مثلها في نفس الاخذ لانه ايضا يحتمل ان يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار نظيرا اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذي يثبت الملك للبائع قوله وهذا الخلاف الخ الحاصل ان هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان واخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند ابي يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه اياه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك ليس للمالك تضمين كل القيمة فاستقام وجه ابي يوسف في عدم القطع في اليسير ثم اعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بما يملكه بالضمان قد حده التمرتاشي ان ينقص اكثر من نصف القيمة واما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير وقيل ما يكون المعنى نقصانا لم ينته الى ما يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي وأورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير ان فيه جمعا بين القطع والضمان واجاب فقال انما لا يجمع كيلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الظهيرية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب لامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بانه سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا انتقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة النقص ثابت قبل السرقة ثم اذا اخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حق بهتك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه الا ترى الى قول الامام قاضي خان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة واما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان يجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو اخذ ثوبين واحرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيمته نصاب اما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الخ فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له قوله وان سرق شاة فذبحها

ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد المالك اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا

ثم اخرجها لم يقطع ولو ساوت نصابا بعد الذبح لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه **قوله** ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع بان كانت نصابا فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ويرد الدراهم والدنانير التي صنعها على المسروق منه وقالا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصنعة حق المسروق منه في السرقة بناء على انها لم تتبدل فيقطع فالقطع لا يشكل على هذا اما عندهما فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما اخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شيء على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيئا آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه وجه قولهما ان هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بان غصب حديدا او صفرا فجعله سيفا او آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا فضة صار دراهم ودنانير وله ان هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل انه لم تتعين بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة باحد عشرة فضة وغلبة فكانت العين كما كانت حكما فيقطع ويوخذ للمالك على ان الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم **قوله** ومن سرق ثوبا فصبغه احمر قطع بالاجماع العلماء ثم لا يوخذ منه الثوب عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يضمنه وقال محمد يوخذ منه الثوب هو قول الائمة الثلاثة ويعطي قدر ما زاد الصبغ اعتبارا بالغصب فان غاصب الثوب اذا صبغه احمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة والجامع كون الثوب اصلا والصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة وهو ظاهر ومعنى اي من حيث القيمة حتى لو اراد المسروق منه ان ياخذ الثوب يضمن قيمة الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى فانه لو هلك واستهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب له اذا فعل ذلك ينقطع حق الواهب في الرجوع لذلك بخلاف الغصب لان حق كل من المغصوب منه الثوب الغاصب الذي صبغه قائم صورة ومعنى لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا من ان الصبغ تابع **قوله** وان صبغه اي السارق اسود ثم قطع او قطع فصبغه اسود يوخذ منه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء فلا يوخذ منه لان السواد زيادة كالحمرة وهي مانعة من الاسترداد وهي للسارق وعند محمد هو زيادة لكن الزيادة غير مانعة من الاسترداد كما قال في الحمرة وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما وفي شرح الطحاوي ولو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ اي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد ياخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

باب قطع الطريق اخره عن السرقة واحكامها لانه ليس سرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو وما يدخل فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن اطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وارباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل سرقة فقط لم تفهم اصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز **قوله** واذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم او واحد له منعة بقوته ونجدته يقصدون قطع الطريق

والأصل فيه قوله تعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال وهي أربع هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى لأن الجنايات تتفاوت على الأحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها أما الحبس في الأولى فلأنه المراد بالنفي المذكور لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الإخافة وشرط القدرة على الامتناع لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي ليكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه إلا بتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفا الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم لأنه حق الشرع

أي أخذ المارة فأحوالهم بالنسبة إلى الجزاء الشرعي أربعة وبالنسبة إلى ما هو أعم منه خمسة أما بالنسبة إلى الجزاء فإما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ولا يقتلوا نفسا بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم أو يموتوا وأما إن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الإمام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى وأما إن قتلوا مسلما أو ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الإمام حدا ومعنى حدا أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لأن الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمتى عفى عنهم عصى الله تعالى والرابعة أن يأخذوا المال ويقتلوا وسيأتي وفي فتاوى قاضي خان وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا إلا أن يكون معناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئا ومال إلى القتل فإنا سنذكر في نظيره أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان وفيها أيضا إن خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من أنه يحبس حتى للنفي المذكور في الآية وما هو بالنسبة إلى ما هو أعم فالأربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعدما أحدثوا توبة وتأتي أيضا في الكتاب والتقييد بمسلم أو ذمي في صدر المسألة ليخرج المستأمن فلو قطعوا الطريق على مستأمن لا يلزمهم شيء مما ذكرنا إلا التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفار ذمة المسلمين لأن ماله غير معصوم على التأبيد وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدره الشارحون يأتي ذلك كله في الكتاب مفصلا والأصل فيه أي في توزيع الأجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله تعالى إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لأن المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الأمن أو هو على حذف مضاف أي يحاربون عباد الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم ثبت بالقطع على الكافر الذمي وأما محاربة الرسول فإما باعتبار عصيان أمره صلى الله عليه وسلم وإما باعتبار أن الرسول عليه السلام هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فإذا قطع الطريق الذي تولى حفظه بنفسه ونائبه فقد حاربه فالمراد من الآية التوزيع أي توزيع الأجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث وحماد وقتادة وأصحاب أحمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود الإمام مخير فيه على ظاهر النص مطلقا وقال مالك إذا رأى الإمام القاطع جلدا ذا رأي قتله وإن كان جلدا لا رأي له قطعه ولنا ما روى محمد رحمه الله عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمي فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الإسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن عباس ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر إلى المعنى وهو أن من المقطوع به أن ما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها أجزية على جناية القطع ومن المقطوع به أن هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالإطلاق المحض للآية يقتضي أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الأجزية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الأجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ والأخف للأخف ولأن في هذا التوزيع موافقة لأصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالأخذ

والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه

الا ان غير الاخذ لما كان اغلظ من اخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان التغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كيلا يستباح طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك سواء ان يكون الماخوذ نصابا فصاعدا اصاب كل نصاب اولا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كيلا يؤدي الى تفويت نصفه وكذا الاحكام السابقة من انه لو كانت يسراه شلاء لا يقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا يقطع يده وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس في الاجزية المؤخرة الحبس قلنا المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض اي من وجه الارض لا يتحقق ما دام حيا وان حمل على بعضها وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع اذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصل اليه من البلدة الاخرى فعلمنا مجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا ولما يرى مالك رحمه الله ان مجرد النفي لا يكفي المقصود قال يحبس في بلدة النفي ومعلوم ان المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيرها فيقع تعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة قوله والرابعة من انواع هذه الجناية ما اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم بلا صلب وقطع وان شاء صلبهم احياء ثم قتلهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف لا بد من الصلب للنص في الحد فلا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعي واحمد اجاب بان اصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيرهم صلب احد مع ان ظاهر النص يحتم الصلب فان قوله ان يقتلوا او يصلبوا انما يفيد ان يقتلوا بلا صلب او يصلبوا بلا قتل لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل او يصلب في عامة الروايات من المبسوط وشرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف مع محمد وبه قال ان كان القاطع اذا راى والشافعي واحمد مع ابي يوسف في انه لا بد من الصلب مع محمد في انه لا يقطع وجه قولهم انه جناية واحدة هي جناية قطع الطريق فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا ولما راى لابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وهذا على اعتبار ابي يوسف مع ابي حنيفة الا مع محمد ان هذه الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القتل والقطع ايضا عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها حيث بلغ النهاية في تفويت الامن حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل واخذ المال وكونها امورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق الا يرى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره ان تعين القطع ثم القتل لان التوزيع ادى الى ان من اخذ المال قطع وهذا قد اخذه فيقطع وان من قتل يقتل ويصلب وهذا قتل فيجب ان يجمع له بين القطع والقتل الا ان ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز ان يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وما ذكر من دخول ما دون النفس في النفس هو ما اذا كانا حدين احدهما دون النفس والآخر النفس اما اذا كان ذلك حدا واحدا

وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين

في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النصوص سائر الحدود ولا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول تسقط عندهما لقوله تعالى واللذان ياتيانها منكم فآذوهما فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما وكذا نقطع بان رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والاية منسوخة انما كان ذلك في اول الامر فاذا عرف هذا فقول المصنف ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله شبهة التناقض لانها اذا توقفت على رد المال فاخذ القاطع قبل رد المال اخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد اخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل اجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي او استهلكه ومثل ما لو اخذ وبعد التوبة في سقوط الحد الرجوع الى القصاص وتصرف الاولياء فيه وفي المال ما لو اخذ واقبل التوبة وقد قتلوا ولكن اخذوا من المال قليلا لا يصيب كلا نصاب فان الامر في القتل والجرح الى الاولياء ان شاؤا اقتلوا قصاصا وان شاؤا عفوا وقال عيسى بن ابان يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم ياخذوا شيئا من المال قتلهم حدا فمع اخذ المال اولى وهذا لان ما دون النصاب كالعدم ولا تتغلظ جنايتهم باخذ شيء من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكر في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع اخذ المال وقتلهم ليتوصلوا اليه فاذا تركوا اخذ المال عرفنا ان قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس الا للمال فيقتص منهم ان شاء الولي ويجري فيه احكام القصاص **قوله** وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فيظهر احكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط لو كان فيهم عبد قطع يده ودفعه مولاه او فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امراة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المصنف فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء الاخذ والقتل يحد الباقون ان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه ان يقول وقال ابو يوسف بعد ان قال المذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر والقول المذكور ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وخرج ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فان العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين وعلى هذا السرقة الصغرى ان ولي الصبي او المجنون اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا الا الصبي والمجنون وقالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين لابي يوسف ان المباشر اصل والردء تابع ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد ان لا خلل في الاصل فيحد الباقون وفي عكسه وهو ان يباشر الصبي او المجنون ينعكس المعنى والحكم فالمعنى هو السقوط على الاصل فينعكس فان السقوط في التبع فينعكس الحكم وهو حد التابع فلا يحدون ولهما اي لابي حنيفة ومحمد ان قطع الطريق جناية واحدة لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير انها لا تتحقق في الغالب الا بجماعة فكان الصادر من الكل جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا للحد لشبهة او عدم تكليف لانه ذهبت الى تعين ان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ والعامد اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم

To: www.al-mostafa.com

بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رح لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رح انه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا

يسقط القصاص عن الحادر ما ذو الرحم فيقتل وليه اي تأويل سقوط الحد عن الكل ان يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم في القطاع ذو رحم محرم من احدهم فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع في حق احدهم لسبب القرابة يمتنع في حق الباقين اما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم يأخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير والاصح انه مجرى على الاطلاق وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانه محرز بحرز واحد وهو القافلة والجناية واحدة وهي قطع الطريق فلا امتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم قوله بخلاف ما اذا كان فيهم اي في المقطوع عليهم وهو القافلة مستأمن جواب عن مقدر هو ان القطاع على المستأمن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب ان يكون مع اختلاط المستأمن لذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم اجاب بان الامتناع في حق المستأمن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو امر يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فصير كان القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب اذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا في المستأمنين لا حد عليهم ولكن يضمنون اموال المستأمنين لثبوت عصمة اموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التأبيد والله اعلم قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة او بمثقل عنده ما ورد المال ان اخذه وهو قائم وضمانه ان هلك او استهلك قوله ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران احدهما بالاخرى فليس بقاطع الطريق استحسانا وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع ان يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية وفي القياس يكون قاطعا وهو قول الشافعي فان في وجيزهم من اخذ في البلد بالمغالبة فهو قاطع طريق وعن ابي يوسف انه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث لانه محارب بل مجاهرة هنا اغلظ من مجاهرته في المفازة ولا تفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك كل من اخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه لا محاربة الا على قدر ثلاثة اميال من العمران وتوقف احمد مرة واكثر اصحابه ان يكون بموضع لا يلحقه الغوث وعن ابي يوسف في رواية اخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع فان قصد بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر لان السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطئ بالليالي فيتحقق بالسلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول ابي يوسف قال ونحن نقول ان قاطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث وانت تعلم ان الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم من الناس وانما انيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة ايام بين المصر والقاطع ولا شك في ان ليس لحوق الغوث في

ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في باب الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعياً في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

ذلک المقدار ظاهر او هو ما علل به للظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعاً فسبيلهم ان يضربوا ويحبسوا وان قتلوا الزم القصاص واحكامه وان اخذوا المال ضمنوه اذا اتلفوه وعلى تقدير انهم قطاع ان قتلوا اقتلوا احداً ولا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله لما بينا اي من قوله لظهور حق العبد عند انتقاء الحد قوله (ومن خنق رجلاً حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى في الديات وظاهر انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى انها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في انه قصد قتله بهذا الفعل او قصد المبالغة في ايلامه او ادخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلک فان خنق غير مرة قتل الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتحقيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم استمر ليتمرن لانه صار ساعياً في الارض بالفساد وكل من كان كذلک يدفع شره بالقتل فروع نص في الاصل على ان العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما اما العبد فظاهر واما المرأة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب قتل وقطع وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها ذكر الكرخي ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هي المحاربة والمرأة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي الا ترى ان في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمرأة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد ولم يحد الصبيان والمجانين لعدم اهلية العقوبة وذلک لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن ابي يوسف رحمه الله اذا قطع قوم الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام الحد عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يدرأ عنهم جميعاً لكون المرأة منهم وجعل المرأة كالصبي والعجب ممن يذكر هذه اعني كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط من انها كالرجال منسوب الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا وممن فعل ذلک صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهما مع ضعف الاوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق لضعف البنية في اصل الخلقة ومثل ذلک من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة الا بالله وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن واخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن بمحاربات وعلله بان المرأة اذا قاتلت العدو واسرت لم تقتل وانما قتلن لقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وابو يوسف يشترط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان اقر به ويثبت بالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع او الاقرار فلو شهد احدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا تقبل ولا يقبل الشهادة بالقطع على اب الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى اصحابنا واخذوا المال لا تقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا انهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي لا يعرف لا تقام الحد عليهم الا بحضرة من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين او في دار الاسلام في موضع غلب عليه اهل البغي ثم اتى بهم

كتاب السير

الى الامام لا يمضى عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفى موضع لا يجرى فيه حكمه فلا ينعقد فعلهم موجبا عليه الا اقامة عليهم ولا بفعله ومثله تقدم فى الزنا فى دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم الى اولياء المقتول فصالحوهم على الدية ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليه الحد اما للتقادم العهد وفيه نظر او لعدم الخصم قد سقط حقهم بالصلح اليهم او لقضاء الاول فيتم بذلك لنفاذه اذ هو فى فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضى عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب اجنبى فقتلهم لا شئ عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة اطرافه ولو قتله قبل القضاء عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضى القاضى بحل دمه بهذه البينة بعدما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل ولى الذى قتله القاطع فى قطع الطريق فلا يلزمه شئ لظهور انه استوفى حق نفسه ولو ان لصوصا اخذوا واستاع قوم فاستغاثوا اقوام وخرجوا فى طلبهم ان كانوا ارباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم ان يقاتلوهم لان القتال للاسترداد للرد على ارباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شئ عليهم لانهم قتلوه لاجل مالهم فان فر منهم الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل مالهم ولو فر رجل من القطاع فلحقوه وقد التجا بنفسه الى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب السير

اورد الجهاد عقيب الحدود وبعد ان تناسبهما بوجهين باتحاد المقصود من كل منهما من مضمون هذا الكتاب هو اخلاء العالم عن الفساد وبكون كل منهما حسن لحسن غيره وذلك لغيره هو اعلاء كلمة الله تعالى تتادى بفعل نفس المامور به وهو القتال وسبب تأخيره عنها لوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد اعظم كل فساد واقبحه والعادة فى التعاليم الشروع فيها على وجه الترقى من الادنى الى ما هو اعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين اولى ولا يخفى ان لمناسبة خاصة بالعبادات فلذا اورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح والسير جمع سيرة وهى فعلة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة كجلسة وخمرة وقد استعملت كذلك فى السير المعنوى حيث قالوا فى عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب فى لسان اهل الشرع على الطريق المامور بها فى غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو ايضا اعم غلب فى عرفهم على جهاد الكفار وهم دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا وفى غير كتب الفقه يقال كتاب المغازى وهو ايضا اعم لانه جمع مغزاة مصدرا سماعيا لغزى دالا على الوحدة والقياس غزو وغزوة للوحدة كضربة وهو قصد العدو للقتال خص فى عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف وحاصله بذل اعز المحبوبات وادخال اعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله وتقربا اليه تعالى بذلك واشق منه قصر النفس على الطاعات فى النشاط والكسل على الدوام ومجانبة اهويتها ولذا قال صلى الله عليه وسلم وقد رجع من غزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا انه صلى الله عليه

السير جمع سيرة وهى الطريقة فى الامور وفى الشرع تختص بسير النبى عليه السلام فى مغازيه

الخيره فى التفضيل عن الصلوة على وقتها فى حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله اى الاعمال افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم
اى قال بر الوالدين قلت ثم اى قال الجهاد فى سبيل الله ولو استزدته لزادنى رواه البخارى وقد جاء انه جعله افضل بعد الايمان فى حديث
ابى هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اى العمل افضل قال الايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد فى سبيل الله قيل ثم
ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق
به الجهاد لما علم من تهيئته له واستعداده وزيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه افضل ممن ليس مثله فى الجلادة والغناء وفيه نظر لان المذكور
فى الحديث السابق الصلوة على وقتها وتلك هى الفرائض وفى هذا الاخير وفيه ان المواظبة على اداء فرائض الصلوة واخذ النفس بها
فى اوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلوة على ميقاتها افضل من الجهاد لان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك لان افتراض
الجهاد ليس الا لايمان واقامة الصلوة فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلوة حسنة لعينها وهى المقصود منه على ما صح عنه صلى الله
عليه وسلم فى حديث معاذ وفيه طول الى ان قال والذى نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم فى عمل يبتغى به درجات الآخرة
بعد الصلوة المفروضة كجهاد فى سبيل الله صحه الترمذى واذا لا شك فى هذا عندنا وجب ان نعتبر كلا من الصلوة والزكوة
مرادة بلفظ الايمان فى حديث ابى هريرة ويكون من عموم المجاز او يرجح بزيادة فقه الراوى وهو ابن مسعود رضه وبما عضده من
الاحاديث السابقة والحق انه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلوة فيه اصلا فانما فيه انه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق
اذا كان بعد الصلوة وهى قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث فى ذلك ما عن عمران بن
حصين رضه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل فى الصف فى سبيل الله افضل عند الله من عبادة الرجل ستين
سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخارى وعن ابى هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد فى سبيل الله قال لا تستطيعوه فاعادوا
عليه مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد فى سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر من
صلوة ولا صيام حتى يرجع المجاهد فى سبيل الله متفق عليه وعن ابى هريرة رضه عنه عم من احتبس فرسا فى سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا
بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله فى ميزانه يوم القيمة رواه البخارى ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة فى مكان يتوقع هجوم العدو فيه
لقصد دفعه لله تعالى والاحاديث فى فضله كثيرة منها ما فى صحيح مسلم من حديث سلمان رضه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط
يوم فى سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه اجرى عليه عمله الذى كان يعمل واجرى عليه رزقه وامن الفتان رواه
مسلم زاد الطبرانى وبعث يوم القيمة شهيدا وروى الطبرانى بسند ثقات فى حديث مرفوع ومن مات مرابطا امن من الفزع
الاكبر ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن ابى هريرة وبعثه الله يوم القيمة آمنا من الفزع وعن ابى امامة عنه صلى الله عليه وسلم قال ان
صلوة المرابط تعدل خمسمائة صلوة ونفقة الدينار والدرهم منه افضل من سبعمائة دينار ينفقه فى غيره هذا واختلف المشائخ
فى المحل الذى تحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق فى كل مكان ففى النوازل ان يكون فى موضع لا يكون وراءه اسلام لان ما دونه
لو كان رباطا فكل المسلمين فى بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا اغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع

قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام فان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فح يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل

رباطا الى اربعين سنة واذا اغار مرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا اغار ثلث مرات يكون رباطا الى يوم القيمة قال في الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول واعلم ان ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن انس عنه صلى الله عليه وسلم من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا باخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله تعالى يقول وان منكم الا واردها رواه ابو يعلى وفيه محتمل في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت احاديث كثيرة وليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن ابي هريرة عنه قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة ان اعطي رضي وان لم يعط سخط تعس وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد آخذ بعنان فرسه في سبيل الله اشعث راسه مغبرة قدماه ان كان في الحراسة كان في الحراسة وان كان في الساقة كان في الساقة ان استاذن لم يؤذن وان شفع لم يشفع له **قوله** الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا وقع موقع تفسير فرض الكفاية اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره انه ليس بفرض وان الامر به للندب وكذا كتب عليكم لقوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر انه مصروف حملا ان صح على انه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب ان المخرج من الصبيان والمجانين مخصوصة بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا واما غيرهما فقيل النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك ان النص مقرون بالقيد وبغيرهم من بحيث يحارب كقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد ان قتالنا المامور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان اهل مكة يفتنون من اسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف في السير فامر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين وجه اكده قوله صلى الله عليه وآله وسلم في بعض سراياه الصحيحة بحديث النهي عن قتل النساء حين راى المقتولة وعلله بقوله ما كانت هذه تقاتل واما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان الخبر الواحد لا يفيد الافتراض قول صاحب الاقناع اذا ايد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد ح الكتاب الاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه ابو داود من حديث انس قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان يقاتل آخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار فيه يزيد ابن ابي نشبة من بني سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله اعلم قال المنذري هو في معنى المجهول هو لا شك ان اجماع الامة ان الجهاد ماض الى يوم القيمة فلا يتصور نسخه بعد النبي صلى الله عليه وسلم وانه لا قائل ان تقاتل آخر الامة الدجال ينتهي وجوب الجهاد واما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين

وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات

دفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الباقين لحصول ما هو المقصود وصار كصلوة الجنازة المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى انه فرض عين تمسكا بعموم الادلة المذكورة وان اشتمل بعضها صيغ فرض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر والمجاهدون الاية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين اجرا عظيما ولانه لو كان فرضا عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم قطع مادة الجهاد من الكراع يعني الخيل والسلاح والاقوات فيؤدي ايجابه على الكل الى تركه للعجز فلزم ان يجب على الكفاية ولا يخفى ان لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم في كونه فرض عين ان يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يحج الكل بل يلزم كل واحد ان يحج ففي مرة طائفة وفي مرة طائفة اخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه في ذلك نص لا يستوى القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان بان هجموا على بلدة من بلاد المسلمين فيصير من فروض الاعيان سواء كان المستنفر عدلا او فاسقا فيجب على جميع اهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية او تكاسلوا وعصوا وهكذا الى ان يجب على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا كجهاز الميت والصلوة عليه يجب اولا على اهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا وكان معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الاخرون وبلغهم الخبر والا فهو تكليف ما لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير وجوبه على الكل متجه من اهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم او قعود السلطان او منعه واستدل على ذلك بقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا قيل المراد ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل اغنياء وفقراء وينبغي ان يقال قول اخر وهي كل من هذه اي انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصله انه لم يعذر احد فافاد العينية وفيه نظر لان الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعيينها العينية بل الحق ان هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لافادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة واما العينية في النفير العام فبالاجماع [illegible] هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد رحمه الله الجهاد واجب الا انهم في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم قال فاول هذا الكلام يعني قوله واجب وانهم في سعة من تركه كالاشارة الى الوجوب على الكفاية فانه لو كان [illegible] الكل الا لم يكن واجبا فهو ترك البعض واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم يفيد العينية اذ صار الحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا ان يحتاج اليهم ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف اما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي ان يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا وفقراء عزا وتغيرا اذا خرجوا قوله وقتال الكفار الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب او لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم واجب وان لم يبدؤنا لان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم وهذا معنى قوله للعمومات لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل احد فقط والمراد اطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء فلقد استبعد ما عن الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب ان يبدأهم بادنى تامل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذي الحجة الى اخر المحرم

ولا يجب الجهاد على الصبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

او الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك انه كثير في الاستعمال قوله ولا يجب الجهاد على صبي الخ الوجه الظاهر ان يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج باذن الله الذي هو صاحب الحق على نفسه ومعنى هذا الكلام ان حق السيد والزوج حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما وهو اطلاق يستلزم اطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا لحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقدير يكونون مخصوصين من العمومات الدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لانه حينئذ تظهر في حق فروض الاعيان ثم لو امر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب ان يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثمان لطاعة المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد واحد الابوين كاره لان طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه كما علمت ان في خصوصه احاديث منها في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقد مناه في صحيحه كالصحيح حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين على الجهاد وفي سنن ابي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما وفيه عن الخدري ان رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال اذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما واما الاعمى ونحوه والاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب قوله ويكره الجعل يريد بالجعل هنا ان يكلف الامام للناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد والفيء للمسلمين في وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة لانه لا ضرورة عليه لان بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه [illegible] شبه الاجرة وحقيقة الاجرة على الطاعة [illegible] على الامام كراهة [illegible] في الكره وحقيقة الجعل [illegible] الانسان في مقابلة شيء [illegible] لانه سبب [illegible] من مال الله [illegible] بيت المال [illegible] الامام [illegible] ليقدروا على الجهاد فاضلا عن حاجتهم وعيالهم ان لا يلزم [illegible] استحقاقهم من بيت المال [illegible] مع حاجة المسلم [illegible] اذا لم يكن في بيت المال فيء لا يكره ان يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدل لان به دفع الضرر الاعلى وهو تعدي شر الكفار الى المسلمين بالحاق الضرر الادنى واستأنس له بما انه صلى الله عليه وسلم اخذ دروعا من صفوان بن امية وبان عمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد اما قصة صفوان فلا شك ان النبي صلى الله عليه وسلم ارسل يطلب منه

باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم إلى الإسلام فإن أجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله الحديث وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية به أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالإعطاء المذكور في القرآن والله أعلم ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لأنه صح أن النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة

أدراعا عند خروجه إلى حنين ففي سيرة ابن إسحاق أربعمائة درع وكان صفوان إذ ذاك على شركه فإنه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك أربعة أشهر ثم عرض الخروج من مكة إلى حنين فأرسل يطلب ذلك فقال يا محمد أغصباً قال لا بل عارية مضمونة فجمعها ثم استحمله إياها فحملها على مائتي بعير وفي مسند أحمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يضمنها فقال لا أنا اليوم في الإسلام أرغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الإمام المسلمين بأن يعينوا الخارجين ولا يبعد ذلك إلا للإلزام فإن ما يفعله الإمام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يعيضه لهم من بيت المال نعم فيه أن عند الحاجة يتوسل إلى الجهاز إذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم وأما عن عمر رضي الله عنه فظاهر فيه لأن معنى تعريته عنه ليس إلا أنه يأخذ الجهاز منه وإلا فهو غاز عن نفسه وإن أعطاه من بيت المال وأما قول العطي لشاخص من القاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر رضي الله عنه أنه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فيه أمر الفرس وروى ابن أبي شيبة ثنا جعفر بن غياث عن عاصم عن أبي مجلد قال كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

باب كيفية القتال لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعل وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (وإذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن تكون الواو استئنافا (فحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان أقام به (أو حصنا) وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل إلى ما في جوفه (دعوهم إلى الإسلام) فإن لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الأجناد فمن ذلك ما أخرج الجماعة إلا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه وألفاظهم تزيد بعضها على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث خصال أو خلال فأيتهن ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين وأعلمهم أنهم إن فعلوا ذلك أن لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فإن أبوا أن يتحولوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب إلا أن يجاهدوا مع المسلمين فإن هم أبوا فسلهم الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فإنكم أن تخفروا ذممكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الأحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة وإجماع ولأن بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن

قال فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة **قال** وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

ابن ابي نجيح عن ابيه عن ابن عباس قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم رواه الحاكم وصححه **قوله** ولو قاتلوهم قبل الدعوة اثموا ولكن لا غرامة بما اتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الحرب وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة او حكما بان استفاض شرقا وغربا انهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك في ان بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب ان المدار عليه ظن ان هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب اما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عون كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك في اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى ابو داود وغيره عن اسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال اغز على ابنى صباحا وحرق والغارة لا تكون مع دعوة وابنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياء مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة واما الاستحباب فلان التكرار قد يجدي المقصود فينعدم الضرر الاعلى وقيد هذا الاستحباب بان لا يتضمن ضررا بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون او يحتالون او يتحصنون وكذا غلبة الظن في ذلك بما يظهر من احوالهم كالعلم بل هو المراد اذ حقيقة العلم يتعذر الوقوف عليها فان اجاب المدعو وغيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية بهذا امرهم امراء الاجناد وقد ذكرناه من حديث بريدة ولانه آخر ما ينتهي اليه القتال كما نطق به النص قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون الخ الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف على ما سنذكر فان بذلوها اي قبلوها وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القرآن بالاجماع وقد قال علي رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من الضروريات واما حديث علي رض فالشافعي في مسنده اخبرنا محمد بن الحسن الشيباني انا قيس بن الربيع الاسدي عن ابان بن تغلب عن الحسين بن ميمون عن ابي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطني ابا الجنوب **قوله** فان ابوا استعانوا عليهم بالله وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم تقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدمر المهلك فيستعان بالله في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف على ما في الترمذي منفصلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد ان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هارون ورواه ابو داود في المراسيل عن مكحول مرسلا ولكنا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد اربعين يوما وذكره الواقدي في المغازي وذكر ان الذي اشار به سلمان الفارسي وحرقهم لانه عليه السلام احرق البويرة على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر رض قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطع وهي البويرة

ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لأنه إن تعذر التمييز فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان

اسم نخل بني النضير ولما يقول حسان بن ثابت وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير ولأن المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم بذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وإفساد الزرع هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح بادٍ كره ذلك لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها **قوله** ولا بأس برميهم وإن كان فيهم أسيرا أو تاجر ولو تترسوا بأسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم أنهم إن كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلم ذلك إلا أنه لا يقصد برميهم إلا الكفار فإن أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس إلا إذا كان في الكف عنهم في هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن بن زياد فإن رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان وقال أبو إسحق إن قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما أو لم يعلمه لقوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج وإن لم يقصده بعينه بل رمى إلى الصف فأصيب فلا دية عليه وأما الأول فلأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى لأن مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه إن إطلاق النصوص الآمرة بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لأن حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة أو حصن عادة إهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فإنه يجوز إجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمي إلا الكافر لأن قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما إذا لم يفترض هو ما إذا فتحت البلدة قال محمد إذا فتح الإمام بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي إلا أنه قال ولو أخرج واحد من عرض الناس حل إذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذا فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الأولى فإن كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني أن فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام بإثبات الضرر الخاص هو واجب ثم إن المصنف أجاب وجه مسألة التترس على وجهي مسألة ما إذا كان فيهم أسير مسلم أو تاجر وقد يقال إن سلم أنه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير فإطلاق افتراض القتال إهدار لاعتباره فلا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن أن يتترسوا بالمسلمين ليكون إطلاق الافتراض إهدارا لحرمته الرمي فإن المشاهدة نفته فوجب أن يتقيد بما إذا لم يفض إلى قتل المسلم غالبا وأما قوله إنه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال إن ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم حل لهم وعند ذلك لم يتقيد به واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام أي مجتمعهم إن لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل وتبقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل مسلم في غالب الظن وإنما يكون الضرر العام مقدما على هذا إذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فإن قيل لم لم يلزم الدية إذا أصيب مسلم مع قوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج أي مهدر أجيب بأنه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم مجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لأن الفرض لا يقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزر القاضي أو حده أنه لا دية فيه لأن القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة وإلا امتنع من الإقامة بخلاف المضطر حالة المخمصة لأنه لا يمتنع عن الأكل مخافة الضمان لأن في الامتناع هلاك نفسه والضمان أخف عليه من هلاكها فلا تمتنع أما الجهاد فمبني على إتلاف

قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فاما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو على بلد للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول

نفسه فيمتنع حداره واعلم ان المذهب عندنا في المضطر انه لا يجب عليه اكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فيه كذا اباح تقييد تسرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان **قوله** ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف منهم لما قال المص وهو التاويل الصحيح لقوله عم لا تسافروا بالقرآن الى ارض العدو وهذا الحديث رواه الستة الا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التاويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الاسلام عن ابي الحسن القمي والصدر الشهيد عن الطحاوي ان ذلك انما كان عند قلة المصاحف كيلا ينقطع عن ايدي الناس واما اليوم فلا يكره اذ التاويل الصحيح ما ذكره المص وهو منقول عن مالك راوي الحديث فان ابا داود وابن ماجة زاد بعد قوله الى ارض العدو وقال مالك اري ذلك مخافة ان يناله العدو والحق انها من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما اخرجه مسلم وابن ماجة عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى ان يسافر بالقرآن الى ارض العدو مخافة ان يناله العدو واخرجه مسلم عن ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فاني لا آمن ان يناله العدو وفي رواية لمسلم فاني اخاف فلذا حكم القرطبي والنووي انها من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلطا من زعم انها من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تاويله او شك في سماعه اياها وفي فتاوى قاضيخان قال ابو حنيفة اقل السرية اربعمائة واقل العسكر اربعة آلاف وفي المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى كان المراد من شانهم ذلك والا فقد لا يكونون وكانه ماخوذ من السري وهو السير ليلا فكان الاولى ان يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره اخراجه فيما ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغي كونه اثني عشر الفا لما روي انه عم قال لن تغلب اثنا عشر الفا من قلة وهو اكثر ما روي فيه هذا باعتباره احوط هذا مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب مالك اطلاق المنع اخذا باطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش والسرية عملا باطلاق النص وهو وان كان نيل العدو له في الجيش العظيم نادر فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وانت علمت ان العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بمظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر لحفظ الباعث عليه وذلك ان حمله لا يكون الا ممن يخاف نسيان القرآن فياخذه ليتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه ايضا كذلك ذكره في المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث اولى ثم الاولى في اخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقي دون الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة وقد قاتلت ام سليم يوم خيبر واقرها عليه الصلوة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين **قوله** ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى الا ان يهجم العدو على ما تقدم **قوله** وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد **قوله** لقوله عليه الصلوة والسلام لا تغلوا

ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت

الخ تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلوة والسلام ولا تمثلوا اى المثلة يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت امثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا اسودت وجهه وقطعت انفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المصنف والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين ان ذلك قبل ان تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس رض ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال ابو الفتح اليعمري في سيرته من الناس من ابى ذلك الى ان قال وليس فيها يعني اية الحرابة اكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الاية واما من زاد على الحرابة جنايات اخر كما فعل هؤلاء كما ذكر ابن سعد في خبرهم انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينه حتى مات فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم اعينهم لانهم سملوا اعين الرعاء ولو ان شخصا جنى على قوم جنايات في اعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني اية الجزاء اسبابا اخر واذا اختلفت في سبب نزول الآية اقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول ان المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثله لا تحل الا انها منسوخة لم تشرع اولا لان ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ولا شك ان قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها اما ان يكون متاخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها اولا يدرى فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح احدهما تضمن الحكم بنسخ الاخر ورواية انس صريح فيه واما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع انف رجل واذني رجل وفقأ عيني اخر وقطع يدي اخر ورجلي اخر فلا شك انه يجب القصاص لكل واحد اذا الحقه لكنه يجب ان يستأنى بكل قصاص بعد الذي قبله الى ان يبرأ منه وح يصير هذا الرجل ممثلا به اي مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر اثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ ان يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى ان هذا بعد الظفر والنصر اما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع اذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع انفه ويده ونحو ذلك قوله ولا تقتلوا امرأة ولا صبيا اخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر رض ان امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان واخرج ابو داود عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذلك اما معارضته بما اخرج ابو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم فاضعف منه ثم هو مع اصول كثيرة من الناس لا معارضة بل يجب ان يخص الشيوخ بغير الفاني فان المذكور في ذلك لحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا ما اخرج الستة عن الصعب بن جثامة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلوة والسلام

قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب او تكون المرأة ملكة لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبى والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو فى حال افاقته كالصحيح

عسم منهم وفى لفظ هم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك لان فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الصغار بانفسهم لان التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى فى عرفنا بالكبسة وما الظن الا ان حرمة قتل النساء والصبيان اجماع فاما الحديث الذى ذكره المصنف انه عليه الصلوة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه ابو داود والنسائى عن ابن ابى الوليد الطيالسى عن عمر بن المرقع بن صيفى حدثنى ابى عن جده رباح بن الربيع بن صيفى قال كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة فرأى الناس مجتمعين على شىء فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتل امرأة ولا عسيفا واخرجه النسائى ايضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن ابى الزناد عن المرقع وكذا احمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك وفى لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال الحق خالدا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن ابى الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر والهاء الثانية للسكت فاذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة فى قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من انه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ويبيح قتل النساء والصبيان و(؟) يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة الحرب والقتل هو لا وهو المراد بقول المصنف والحجة عليه على الشافعى ما بيناه يعنى من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الالزام على احد القولين له فانه ذكر فى شرح الوجيز وفى الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوع الايدى والارجل قولان فى قول يجوز قتلهم وبه قال احمد فى رواية لعموم اقتلوا المشركين وروى عنه عليه الصلوة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفى قول لا يجوز وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد فى رواية وذكروا ما ذكرنا من الحديث المانع من قتل الشيخ الفانى قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين فى معناه وعن ابى بكر انه اوصى يزيد بن ابى سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وانت تعلم ان قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمى والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفانى ومن ذكر معه بالقياس لو لم يكن فيه خبر كيف منهم ما سمعت بل ما قدمناه من ان النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما يرجع اليه واما حديث الشيوخ فتقدم انه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن ارطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على اصولهم واما قول المصنف انه عليه الصلوة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذرارى فالمراد بالذرارى النساء من اسم السبب فى السبب قال فى الغربيين وفى الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اى امرأة ولا اجيرا ثم المراد بالشيخ الفانى الذى لا يقتل من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجىء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره فى الذخيرة وزاد الشيخ ابو بكر الرازى فى كتاب المرتد من شرح الطحاوى انه اذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتل اذا ارتد والذى لا نقتله الشيخ الفانى الذى خرف وزاد عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا اذا ارتد قال واما الرهبان فهم بمنزلة الشيخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلاء ونقتلهم ايضا اذا ارتدوا انتهى ولا نقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف بل نقتل اقطع اليد اليسرى او احدى الرجلين وان لم يقاتل قوله الا ان يكون احد هؤلاء استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف فى هذا الا وصح امره عليه الصلوة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما او اكثر فقد عمى للمساجى به فى جيش هوازن الرأى

من ن

الزمنى

لمحاربين

ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله اعلم

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل

وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة الا ان الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما اما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في قتل الملك كسر شوكتهم وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيس والذي يجن ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم تقاتل **قوله** ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين او جدا وامه اذا قاتلت او جدته بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم الآية ولانه يجب عليه بالاتفاق لاحيائه فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه اي ادرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله امتنع الابن على الاب بعينه القتل بل يشغله بالمحاولة بان يعرقب فرسه او يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي ان ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجئه الى ان يجيء بعض ما ذكرنا ولا يدعه ان يهرب الى ان يجيء من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما اراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهذا اولى ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن ما يكفي النجاة احدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي انه لو سمع اباه المشرك يذكر الله ورسوله بسوء ان يكون له قتله لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قتل اباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال مباح قتلهم ولا مناقضة لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب للمسلمين منهم بخلاف القرابات المحرمة يكره ان يتبدءهم كالاب واما في الرجم اذا كان الابن احد الشهود فيبتدي بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة

باب الموادعة ومن يجوز امانه الموادعة المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فاخره عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم يوجد منه اصلا ويثاب على ذلك وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال

قوله واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم بمال وبلا مال وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله الآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة المسلمين في ذلك بآية اخرى هي قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم بكسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى والقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول انها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها اي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة او المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم تعلم ترجح مقتضى المنع اعني آية فلا تهنوا كما هو القواعد في تقديم المحرم واما حديث موادعته عليه الصلاة والسلام اهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند اصحاب المغازي انها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن ابيه وليس بلازم لان الحاصل ان اهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة انها كانت سنتين اخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين الى ان نقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة واما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فينبغي ان يكون المحفوظ ما رواه [illegible]

ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم الامام وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر **قال** وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى:

محمد بن اسحق وهو عشر سنين انتهى وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير ان يتعقبه، ورواه ابو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم انهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس وعلى ان بيننا عيبة مكفوفة وانه لا اسلال ولا اغلال، ورواه احمد في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن هارون انبأنا ابن اسحق فساقه الى ان قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثني ابن ابي سبرة عن اسحق بن عبد الله بن ابي فروة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية الى ان قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن تنتفي به المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على ان سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث اعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم اختلفوا في مدة الصلح فرفع الخلاف ظاهر بان مراد من قال سنتين ان بقاءه سنتين ومن قال عشرا قال انه عقده عشرا كما رواه كذلك فانه لا تنافي بينهما والله سبحانه اعلم **قوله** ولا يقتصر الحكم وهو جواز الموادعة على المدة المذكورة وهي عشر سنين لتعدي المعنى الذي به علل جوازها وهو حاجة المسلمين او ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون بالاكثر بخلاف ما اذا لم تكن الموادعة او المدة المسماة خيرا للمسلمين فانه لا يجوز لانه ترك للجهاد صورة ومعنى وما ابيح الا باعتبار انه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خيرا للمسلمين والا فهو ترك للمامور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه اكثر من عشر سنين ان كان الامام غير مستظهر وهو قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشفت محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وخالطوهم **قوله** وان صالحهم مدة ثم رأى ان نقض الصلح انفع نبذ اليهم اي القى اليهم عهدهم وذلك بان يعلمهم انه رجع عما وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الآية تقييد جواز النبذ بخوف الخيانة وهو مثل ان علمتم فيهم خيرا في الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على انه لا يتقيد بخوف الخيانة لان المصالحة في الاول ما صحت الا لانها انفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات نحو ما في البخاري عنه عليه الصلوة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص اربع خصال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر، وروى ابو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس او برذون وهو يقول الله اكبر الله اكبر وفاء لا غدر فنظر فاذا هو عمرو بن عبسة فارسل اليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقده ولا يحلها حتى ينقضي امدها او ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس، ورواه احمد وابن حبان وابن ابي شيبة وغيرهم، واما ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلوة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا واما استدلاله بانه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة فلا يليق اذ جعل دليلا فيما يأتي من قوله وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه. لكن اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معهم من الذراري الا ان يكون باذن ملكهم فيكون نقضا في حق الكل، ولو لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه عليه السلام لم ينبذ الى اهل مكة بل هم بدؤا بالغدر

سنتان

وإذا رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لأنه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لأنه في معنى الجزية أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لأنه مأخوذ بالقهر معنى وأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في إسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما بينا ولو أخذه لم يرده لأنه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن

قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبذ إليهم بل سأل الله أن يعمي عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازي ومن تلقى القصة ورواها كما في حديث ابن إسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في المدة نحو السبعة والثمانية عشر شهرا ثم إن بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة فقالت قريش هذا الليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد فأعانوا بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبره الخبر فلما قدم عليه أنشده لاهم إني ناشد محمدا، حلف أبينا وأبيه الأتلدا، إن قريشا أخلفوك الموعدا، ونقضوا ميثاقك المؤكدا، هم بيتونا بالوتير هجدا، فقتلونا ركعا وسجدا، فانصر رسول الله نصرا عتدا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمي على قريش خبرهم حتى يبغتهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وأن أبا بكر قال له يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم يكن بينك وبينهم مدة قال ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن أبي شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثير في كتاب المغازي وفيه فقال أبو بكر يا رسول الله ألم يكن بيننا وبينهم مدة فقال إنهم غدروا ونقضوا العهد فأنا غازيهم ثم في النبذ لا يكفي مجرد إعلامهم بل لا بد من مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ولا يجوز أن يغار على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة **قوله** وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ المسلمون على ذلك مالا جاز لأنه لما جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعا أولى إلا أن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم يكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل يعني قوله لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه يشبه الأجر يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي أن الموادعة يجوز ما أخذ المال لا يجوز إذا كان مال المسلمين كثيرا غير أنهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد والحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لأن ذلك كله جهاد وفي أخذ أموالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد لا أجرة على الترك وباعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية وإن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي لأنه مأخوذ منهم قهرا معنى وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ومعلوم أن ذلك إذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب وإلا فلا لأن فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لأنه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله لما تبين يعني في باب الجزية ومع هذا لو أخذه لا يرده عليهم لأنه لا حق لهم في المسلمين إذا ظهروا بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها لأنه ليس فيئا إلا أنه لا يرده حال الحرب لأنه إعانة لهم **قوله** ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية أي النقيصة ومن ذلك قول عمر لأبي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجانفا عن الصلح أليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر بلى قال أولسنا بالمسلمين قال بلى قال أوليسوا

ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم

بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له ابو بكر الزم غرزه فاني اشهد انه رسول الله فقال عمر وانا اشهد انه رسول الله
ذكره ابن اسحق في السير وفي الحديث ليس لمؤمن ان يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال الله تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين الا اذا خاف
الهلاك على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق ارسل الى عيينة بن حصن
والحارث بن عوف بن ابي حارثة المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على ان يرجعا بمن معهما فجرى بينهما
الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفعل بعث الى سعد بن معاذ
وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله امرا تحبه فنصنعه ام شيئا امرك الله به لا بد لنا من العمل به ام شيئا تصنعه
لنا قال بل شيء اصنعه لكم والله ما اصنع ذلك الا لاني رايت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت ان اكسر عنكم
من شوكتهم الى امر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه
وهم لا يطمعون ان ياكلوا منها تمرة الا شراء او قرى افحين اكرمنا الله بالاسلام وهدانا له واعزنا بك وبه نعطيهم اموالنا وما لنا بهذا من حاجة
والله لا نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة
ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن اسحق حدثني به عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا اتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعلل المص
هذا بقوله لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا يقتل غيره لو اكره عليه بقتل
نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح ان يرد اليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاء مسلما
منهم وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حتى جاء
ابو جندل بن عمرو بن سهيل وقد كان اسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين اارد الى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له عليه الصلاة والسلام
اصبر يا ابا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد ابا بصير واما لو شرطه في النساء لا يجوز
ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربي المهر يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك واحمد
وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال ايضا اذ لا فرق بين الرجال
والنساء في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم اكثر وحين شرع ذلك كان في قوم من اسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان كل قبيلة لا تعرض
لمن فعل ذلك من قبيلة اخرى انما يتولى رده عشيرته وهم لا يبلغون فيه اكثر من القيد والسب والاهانة وقد كان بمكة بعد هجرة النبي
صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل ابي بصير وابي جندل ابن سهيل بن عمرو الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر على
خلاف ذلك قوله ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب اذا دخلوا مستامنين ولا تجهز اليهم مع التجار الى دار الحرب لانه عليه السلام
نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله
القبطي عن ابي رجاء عن عمران بن الحصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي والصواب انه
موقوف اخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب القرقساني وقد اختلف فيه فضعفه ابن معين وقال ابن عدي هو عندي لا باس به

ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

ونقل عن احمد نحو ذلك قال المصنف ولان فيه اي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع اي الخيل لا فرق في ذلك ما قبل الموادعة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء او النقض قال وهو القياس في الطعام اي القياس فيه ان يمنع من حمله الى دار الحرب لان به التقوي على كل شيء هو المقصود واضعافهم الا انا عرفناه اي نقل الطعام اليهم بالنص يعني حديث ثمامة وحديث ثمامة رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن ابي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له صبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا وآمنت به وايم الله الذي نفس ثمامة بيده لا ياتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى ياذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر انهم قالوا له صبأت فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى ياذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تامر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب عليه الصلوة والسلام اليه ان يخلي بينهم وبين الحمل واما بيع الحديد والسلاح فمنعه لانه اصل السلاح وهو ظاهر الرواية قال الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير الى انه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح واما فيما لا يقاتل الا بصنعة فلا باس ببيعه كما كرهنا بيع المزامير وابطلنا بيع الخمر ولم نكره بيع العنب بأسا ولا بيع الخشب وما اشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يتخذه خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا اما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره

فروع من المبسوط

طلب ملك منهم الذمة على ان يترك ان يحكم في اهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي من يلزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له ارض فيها قوم من اهل مملكته هم عبيد يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحراز ولو اسلم كانوا عبيده فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان ما كان لهم بيده القاهرة وقد تاكدت بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم عليه والملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر اموال اهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وكذا لو اسلم الملك واهل مملكته او اسلموا هم دونه هم عبيده ولو وادعوا على ان يؤدوا كل سنة شيئا معلوما على ان لا يجري عليهم في بلادهم احكام المسلمين لا يفعل ذلك الا ان يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون احكام الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وترك القتال مع اهل الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا للمسلمين ثم اذا فعل ذلك ان كان بعد ما احاط بهم الجيش او قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على ان يؤدوا اليهم كل سنة مائة راس من انفسهم واولادهم لم يجز لان الصلح وقع على جماعتهم وكانوا كلهم مستامنين واسترقاق المستامنين لا يجوز الا يرى ان واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فلذلك لا يجوز تمليك شيء من انفسهم واولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تاكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة راس باعيانهم اول السنة وقالوا

فصل إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم والأصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم وهو الواحد ولأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره ولأن سببه لا يتجزى وهو الإيمان وكذا الأمان لا يتجزى فيتكامل كولاية الإنكاح **قال** إلا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الإمام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام الأمان لما بينا ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين **قال** ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح

ومقاتلي ... لكم ونحن نكف ثلاث سنين مستقبلة على أن يعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا ... في سنة ... لا أقتناه ولهم الموادعة وبهذا يثبت الأمان لهم فإذا جعله يستثني من الموادعة يجعلهم إياهم عوضا للمسلمين ... المسلمين بالموادعة والثلث ... في السنين الكائنة بعد الموادعة أما تجار ولو سرق مسلم مستأمن مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لأن المال المستأمن لا يملك بالسرقة لأنه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشتري منهم ما أخذوه من أموالهم لأنهم ملكوه بالإحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم شيء من ذلك عليهم ولا بالثمن لأنهم بالموادعة خرجوا عن كونهم أهل حرب ولم ينقادوا إلى حكم الإسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظفر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لأنه في أمان المسلمين

فصل في الأمان

وهو نوع من الموادعة في التحقيق **قوله** وإذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم على إسناد المصدر إلى المفعول ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم والأصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم أي لا يزيد دية الشريف على دية الوضيع ويسعى بذمتهم أدناهم أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى يرد عليهم أقصاهم أي يرد الأبعد منهم التبعة عليهم وذلك أن العسكر إذا دخل دار الحرب فاقتطع الإمام منه سرايا ووجهها للإغارة فما غنمته جعل لها ما سمي ويرد ما بقي لأهل العسكر لأن بهم قدرت السرايا على التوغل في دار الحرب وأخذ المال وقوله وهم يد إلى آخره أي كأنهم آلة واحدة في التعاون على من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليه وروى ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ففسر الرد في ذلك الحديث بالإجارة فالمعنى يرد الإجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وفي الصحيحين عن علي قال ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا القرآن وما في هذه الصحيفة قال عليه الصلوة والسلام المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولا عدلا وأخرج البخاري أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبي هريرة ومن قال إن الشيخ علاء الدين وهم إذ أخرجه من حديث علي من جهة أبي داود والواقع أن الشيخين أخرجاه غلط فإن ما في الصحيحين ليس فيه يتكافؤ دماؤهم وتجويزه أن يخرج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف أدناهم بأقلهم في العدد وهو الواحد احترازا عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتي وليس بلازم إذ على هذا التفسير أيضا فيه دليل لمحمد وهو إطلاق الأدنى بمعنى الواحد فإنه يتناول الواحد حرا أو عبدا وقد ثبت في أمان المرأة أحاديث منها حديث أم هانئ في الصحيحين عنها قالت يا رسول الله زعم ابن أمي علي أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن فلان قال عليه الصلوة والسلام قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت ورواه الأزرقي من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبي طالب قالت ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إني أجرت حموين لي من المشركين فأراد هذا أن يقتلهما فقال عليه الصلوة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان اللذان أجارته أم هانئ

ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواه أبو موسى الأشعري رضي الله عنه ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤمن من الأمان والإيمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة وإعمال المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولأبي حنيفة رحمه الله أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله بخلاف المأذون له في القتال لأن الخوف منه متحقق ولأنه إنما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه إذ الأمان قد يقع خطأ ... وفيه سد باب الاستغنام ... الخطأ ... القتال ... الموتي ... الإسلام ... الجزية ...

عبد الله بن أبي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه أبو داود حدثنا عثمان بن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت إن كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي باب أمان المرأة حدثنا يحيى بن أكثم عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن المرأة لتأخذ للقوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في علله الكبير سألت محمد بن إسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو في السند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من أبي هريرة ومنها حديث إجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص فقال عليه الصلوة والسلام ألا وإنه يجير على المسلمين أدناهم رواه الطبراني بطوله قال لأنه من أهل القتال أي الواحد ذكرا أو أنثى فإنها أهل التسبيب بمالها وعبيدها فيخاف منه فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله أي محل الأمان وهو الكافر الخائف وإذا صدر التصرف من أهله في محله نفذ ثم يتعدى إلى غيره أي غير المجير من المسلمين وأما قوله ولأن سببه لا يتجزى إلى آخره فيصلح تعليلا للنفاذ والتعدي فإن ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الأمان بالنسبة إلى المؤمن فأما تعديه إلى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل وما ذكر من عدم التجزي يصلح دليلا له فإنه لما لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لأنه بعض أمان الكل واستدل على عدم تجزيه بأن سببه وهو الإيمان لا يتجزى فكذا الأمان وفسره بالتصديق الذي هو ضد الكفر وبعضهم بإعطاء الأمان لأنه يقال آمنه فأمن أي أعطيته الأمان فأمن ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فأمن الكافر أي حصل له الأمان وهذا إنما يتم إذا كان أعلمه هو مجاز فإن حقيقة السبب المفضي فلا بد من وجوده بوجوده ولا شك أن الإيمان بالله ورسوله سبب يفضي إلى أمان الحربي بإعطاء المسلم إياه له فالحق أن كلا منهما يصلح الأمان أي إعطاء الأمان سبب للأمان بمعنى الحالة لا تتجزى فلا يتجزى الأمان والإيمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للأمان لا يتجزى فلا يتجزى الأمان وصار كولاية الإنكاح إذا زوج أحد الأولياء المستوين نفذ على الكل واعلم أن كونها لا تتجزى إنما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل إذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله إلا إذا كان في ذلك أي أمان الواحد مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قوله نفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى وأما قوله ولو حاصر الإمام حصنا فأمن واحد من الناس إلى آخره فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبني عليه. قوله ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر لا يؤدبه لأنه ربما فعل ذلك مخافة أن تفوت المصلحة بالتأخير إلى أن يعلم الإمام بها ويؤمن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وإنما يقال الافتيات للسبق إلى الشيء دون ائتمار من يؤتمر فيه بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس أي سبقني فأصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضي أن يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه مصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه. قوله ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وأيضا لا ولاية لكافر على مسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والأمان من باب الولاية لأنه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم في دار الحرب لأنهما مقهوران تحت أيديهم والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجيران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة لأنه كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح باب الفتح قوله ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لم يصح أمانه لما بينا من أن الأمان يختص بمحل الخوف ... لكونه مقيما في دارهم لا منعة له ولا قوة دفاع قوله ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وإن كان مأذونا له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق

له في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف في رواية لإطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم أدناهم ولما روى أبو موسى الأشعري من قوله عليه الصلوة والسلام أمان العبد أمان ولأنه مؤمن ممتنع أي له قوة يمتنع بها ويقهر غيره فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال والمؤبد من الأمان هو عقد الذمة فإن العبد المحجور إذا عقد الذمة لأهل مدينة صح ولزم وصار الحق فهذا وهو المؤقت من الذمة أولى بالصحة وهذا لأن ذلك تمام المؤثر في صحة الأمان أما الإيمان فإنه شرط للعبادات والجهاد من أعظمها وأما اعتبار الامتناع فلتحقق إزالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الأصل والفرع وهو إعزاز الدين وإقامة مصلحة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة لا فيما لا مصلحة فيه وإنما لا يملك المسابقة أي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بأن يقتل وهذا المانع إنما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه إعطاء الأمان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المجوز في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه ولأبي حنيفة ومالك في رواية سحنون عنه أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاق الأمان محله وهو الخائف من مؤمن فلم يحصل المؤثر وهو الإعزاز لأنه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة لأن الظاهر أنه يخطئ لأن معرفة المصلحة في الأمان إنما يقوم بها من يباشر القتال وهو المأذون لأنه أدرى بأمر من غير المحاربين ولأن في خطائه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا بخلاف العبد المأذون وبخلاف الأمان المؤبد لا عطاء الجزية لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام ولكل مسلم عبدا أو حرا ذلك لأنه مقابل بالحرية فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه ولأنه مفروض عند سؤالهم لأن الله تعالى عنى قتالهم به لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم إسقاط الفرض عن الإمام وعن عامة المسلمين وهو لذلك يقع محقق فافترقا واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين قياس أمان المحجور على أمان المأذون في القتال وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك أن فرق أبي حنيفة في الثاني متجه وأما دفعه القياس الأول فلا فإنه إن فرق بأنه لا يخاف منه والآخر يخاف فالظاهر أن ذلك بالنسبة إلى أهل الحرب غير معلوم فإنهم لا يعرفون المأذون له فيتميز فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رأوه مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم وأما بأن الظاهر خطاؤه في المصلحة فلا تأثير له لأن الأمان غير لازم إذا لم يكن فيه مصلحة بل إذا كان كذلك ينبذ إليهم الإمام به فتم الاستدلال بحديث المروي عن أبي موسى غير تام لأنه حيث لا يعرف فإن قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرناها شهرا حتى إذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب إليهم أمانا ثم رمى به إليهم فلما رجعنا إليهم خرجوا إلينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم فقلنا ما شأنكم فقالوا أمنتمونا وأخرجوا إلينا السهم فيه كتاب بأمانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بأمان فكتبنا إلى عمر فكتب أن العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم ورواه ابن أبي شيبة وزاد فأجاز عمر أمانه فالجواب أنها واقعة حال فجاز كونه مأذونا له في القتال وأيضا جاز كونه مجوز الأمان كان عقد ذمة وأنه يصح منه والله أعلم إلا أن إطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي أمانه مطلقا

بذلك والحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله وإن أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح بإجماع الأئمة الأربعة كالمجنون

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اى قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام

وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف بين اصحابنا لا يصح عند ابى حنيفة ويصح عند محمد وبقول ابى حنيفة قال الشافعى احمد فى وجه لان قوله غير معتبر لطلاقه وعتاقه وبقول محمد قال مالك احمد وان كان ماذونا له فى القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق بين اصحابنا وبه قال مالك واحمد ولانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبى الماذون والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام وصفه واضاف ابا يوسف الى ابى حنيفة فى السير الكبير فى عدم الصحة وانما قال المص والاصح والله اعلم لانه اطلق المنع فى الصبى المراهق عن ابى حنيفة كما نقله الكل فى الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذى راهق الحلم وهو يعقل الاسلام واذا امن ثم قال وهذا قوله فاما عند ابى حنيفة وابى يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق فى كفاية البيهقى فقال لا يجوز امان الصبى المراهق ما لم يبلغ عند ابى حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا المختلط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه تعبير ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجرى الخلاف فى الصبى مطلقا قال المص والاصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال او ماذونا له فيه ففى الثانى لا خلاف فى صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قوله للحربى لا تخف ولا توجل ومترس او لكم عهد الله او ذمة الله او تعال فاسمع الكلام ذكره فى السير وقال الناطفى فى السير الاصل سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول محمد رحمة الله عليهم اجمعين

باب الغنائم وقسمتها لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهى من الموادعة ذكر ما ينتهى اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على نفوسهم واموالهم وانما كان ذلك غالبا لاستقرار تاييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم فى الاكثر **قوله** واذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز فى الواو ما قدمناه فى قوله واذا حاصر الامام وفسر المص العنوة بالقهر وهو ضده لان منه عنى يعنى عنوة اذا ذل وخضع منه وعنت الوجوه للحى القيوم انما المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوى عنوة اى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا فى الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الاخبارات على ان يراد معنى المذكور الا مجازى لكن ينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة كثيرا ما ولو اريد به نفسه الحد كان مجازا من المسبب فى السبب وما يوجبه انه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه اى البلد بين الغانمين مع رؤس اهلها استرقاقا واموالهم بعد اخراج الخمس لجهالته وان شاء قتل مقاتليهم وقسم ما سواهم من الذرارى والاموال والذرارى ووضع على الاراضى المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وارضهم واموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على ارضهم من غير نظر الى الماء الذى يسقى به او هو ماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والآبار او ماء الخراج كالانهار التى شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر واما المن عليهم برقابهم وارضهم فقط فمكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على انفسهم على الاراضى الى ان يخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق واما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض او برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب فلم لا يبقيهم احرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفع اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعى والاعمال وله ان يقتلهم وله ان يسترقهم

وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله لأن في المن إبطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولأن فيه نظراً لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وإن قل حالاً فقد جل مآلاً لدوامه وإن من عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم لأنه عليه السلام قد قتل ولأن فيه حسم مادة الفساد وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين لما بينا إلا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين إن شاء الله تعالى ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله أن يسترقهم توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف إسلامهم قبل الأخذ لأنه لم ينعقد السبب

والجزية وكذا عمر رضي الله عنه هذه الآية ولم يخالفه أحد إلا نفر يسير كبلال وسلمان نقل وعن أبي هريرة فدعا عمر رضي الله عنه على المنبر فقال اللهم اكفني بلالاً وأصحابه في المبسوط فلم يجد وا وندموا ورجعوا إلى رأيه يدل على أن قسمة الأراضي ليس حتماً أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم أرضها لهذا ذهب مالك إلى أن بمجرد الفتح تصير الأرض وقفاً للمسلمين هو أدرى بالأخبار والآثار ودعواهم أن مكة فتحت صلحاً لا دليل عليها بل على نقيضها ألا ترى أنه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلوة والسلام من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه عليه فهو آمن ولو كان صلحاً لأمنوا كلهم به بلا حاجة إلى ذلك وما ثبت من إجارة أم هانئ من أجارته ومدافعتها علياً عن قتله وأمره عليه الصلوة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق بأستار الكعبة وأظهر من هذا كله قوله عليه الصلوة والسلام في الصحيحين إن الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والأرض لا يسفك بها دم إلى أن قال فإن أحد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك قوله وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله فعنده يقسم الكل لأن في المن بالأرض إبطال حق الغانمين على قولكم أو ملكهم على قوله فلا يجوز للإمام ذلك بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته بالنسبة إلى رقبة الأرض بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما رويناه من فعل عمر رضي الله عنه مع وجود الصحابة فلم ينكروه فكان إجماعاً فإن قيل لا ينعقد الإجماع مع مخالفة بلال ومن معه أجيب بأنه لم يسوغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف ولأن فيه نظراً للمسلمين لأنهم يصيرون كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وإن قل حالاً فقد جل مآلاً فربما يحصل منه على طول الزمان أضعاف قيمة الأرض قوله وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم يعني إذا لم يسلموا لأنه عليه الصلوة والسلام قد قتل من الأسرى إذ لا شك في قتله عقبة بن أبي معيط من أسارى بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه أخته قتيلة الأبيات التي منها * يا راكباً إن الأثيل مظنة * من صبح خامسة وأنت موفق * أبلغ بها ميتاً بأن تحية * ما إن تزال بها الركائب تخفق * مني إليك وعبرة مسفوحة * جادت بواكفها وأخرى تخنق * الأبيات لطعيمة بن عدي وهو أخو المطعم بن عدي وأما ما قال بعضهم إنه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلوة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا بالشفعة في هؤلاء النتنى ولأن في قتلهم حسم مادة الفساد الكائن منهم بالكلية وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لأهل الإسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيراً بنفسه لأن الرأي فيه إلى الإمام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقهم فليس له أن يفتات عليه على هذا فلو قتل بلا ملجئ بأن خاف القاتل شر الأسير كان له أن يعزره إذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيئاً وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين لما بينا من أن عمر رضي الله عنه فعل ذلك في أهل السواد قوله إلا مشركي العرب والمرتدين يعني إذا أسروا فإن الكلام في الأسارى وتحقق الأسر في المرتدين إذا غلبوا وصاروا حرباً على ما نبين إن شاء الله تعالى في باب الجزية من أنه لا يقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل إما الإسلام وإما السيف فإن أسلم الأسارى بعد الأسر لا يقتلهم لأن الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالإسلام ولكن يجوز استرقاقهم لأن الإسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الأصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب بخلاف ما لو أسلموا قبل الأخذ لا يسترقون ويكونون أحراراً لأنه إسلام قبل

لمورد

ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعى لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بيناه وفى السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير فى ايدينا لا يفادى بمسلم اسير فى ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه **قال** ولا يجوز المن عليهم اى على الاسارى خلافا للشافعى فانه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر يثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا

النفقة وسبب للملك فيهم **قوله** ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة هذا احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدورى وصاحب الهداية وعن ابى حنيفة انه يفادى بهم كقول ابى يوسف ومحمد والشافعى ومالك واحمد الا بالنساء فانه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع احمد المفاداة بصبيانهم وهذه رواية السير الكبير قيل وهو اظهر الروايتين عن ابى حنيفة وقال ابو يوسف تجوز المفاداة بالاسارى قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه رواية الكتاب ما ذكر ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابته خير من استنقاذ المسلم لانه اذا بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه فقط والضرر بدفع اسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين وجه الرواية الموافقة لقول العامة ان تخليص المسلم اولى من قتل الكافر للانتفاع به لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذى يعود الينا بدفعه اليهم يدفعه نفع المسلم الذى يتخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافئان ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغى زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اخرج مسلم فى صحيحه وابوداود والترمذى عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين واخرج مسلم ايضا عن اياس بن سلمة بن الاكوع عن ابيه خرجنا مع ابى بكر امره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال لى يا سلمة هب لى المرأة لله ابوك فقلت هى لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها اناسا من المسلمين كانوا اسروا بمكة الا ان هذا يخالف رأيهم فانهم لا يفادون بالنساء فينبغى للاول قوله اما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا فى المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا وفى السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر اذ لا شك فى احتياج المسلمين بل فى شدة حاجتهم اذ ذاك فليكن محمل المفاداة الكائنة فى بدر بالمال وقد انزل الله فى شان تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى ما كان لنبى ان يكون له اسرى حتى يثخن فى الارض اى يقتل اعداء الله تعالى فى الارض فيثخنهم منها تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة وقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق وهو ان لا يعذب احدا قبل النهى ولم يكن نهاهم لمسكم فيما اخذتم من الغنائم والاسارى عذاب عظيم ثم احلها لهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا اى المأخوذ من الفداء وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك انه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفى ردهم تكثير المحاربين لاجل عرض دنيوى وفى الكشاف وغيره ان عمر رضى الله عنه كان اشار بقتلهم وابو بكر رضى الله عنه باخذ الفداء تقويا به وعليه ان يسلموا قال وروى انهم لما اخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رضى الله عنه عليه عليه الصلوة والسلام فاذا هو وابو بكر يبكيان فسأل فقال ابكى على اصحابى فى اخذهم الفداء لقد عرض على عذابهم ادنى من هذه الشجرة قال وروى انه عليه الصلوة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجى منه الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثخان فى القتل احب الى والله اعلم بذلك **قوله** ولو اسلم الاسير فى ايدينا لا يفادى به لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير اضرار بمسلم آخر **قوله** ولا يجوز المن على الاسارى وهو ان يطلقهم الى دار الحرب بغير شىء خلافا للشافعى اذا رأى الامام ذلك ومثل قوله قال مالك واحمد وجه قول الشافعى قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه الصلوة والسلام من على جماعة من اسارى بدر منهم العاص بن ابى الربيع على ما ذكره ابن اسحق بسنده وابوداود من طريق ابن اسحق عن عائشة رضى

وإذا أراد الإمام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ويتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه وبخلاف العقر لأنه مثلة وتحرق الأسلحة أيضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم

لما بعث أهل مكة في فداء أسرائهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة أدخلتها بها على أبي العاص حين بنى عليها فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لأصحابه إن رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا فقالوا نعم فأطلقوه وردوا عليها الذي لها انتهى رواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يخلي زينب إليه ففعل وذكر ابن إسحق ممن من عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الأنصاري فخلى سبيله وأبو عزة الجمحي أن يحتاجا وابنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر عليه أحدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر فقال يا رسول الله أقلني فقال عليه الصلاة والسلام لا تمسح عارضيك بمكة بعدها تقول خدعت محمدا مرتين ثم أمر بضرب عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر لو كان المطعم بن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لأن لو لامتناع الشيء لامتناع غيره يعني يفيد امتناع المن لأنه يخفى على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب إخبار بأنه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب فهو بأن يكون المن جائزا فقد أخبر بأنه لو كلمه لفعله بهم وسأل إياه لأجاب على ذلك التقدير فلا يثبت منه إلا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب وأجاب بكونه منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فإنها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال إن ذلك في حق غير الأسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه فعلم أن القتل المأمور به في غيرهم قوله (وإذا أراد الإمام العود ومعه مواشي) من مواشي أهل الحرب فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وقد عقر جعفر بن أبي طالب فرسه ربما كان لعلة عدم الفتح في تلك الوقعة فخشي أن ينال المشركون فرسه فلم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة وعليه بها ولا يتركها لهم وقال الشافعي وأحمد يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة قلت هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام نعم روي من قول أبي بكر نفسه رواه مالك في موطئه عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا إلى الشام فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال إني أوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة ولا تحرقن ولا تخربن عامرا ولا تغرقن ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما إذا أخذ الفتح وصيرورة البلاد دار الإسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث أبي بكر رضي الله عنه فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم أنه إذا كان كذلك فلا يحرق ولا يخرب لأنه إتلاف مال المسلمين ألا ترى إلى قوله ولا تحرق وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام أغر على أبنى صباحا ثم حرق ليبقى مجرد ذبح الحيوان وأنه لغرض الأكل جائز لأنه غرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكتهم وتعريضهم على الهلاك والموت وإنما يحرق لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان والتحريق لهذا الغرض الكريم بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخاري عن أبي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا إن وجدتم فلانا وفلانا فأحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فإنه لا يعذب بها إلا الله رواه البزار وسماهما هبار بن الأسود ونافع بن عبد القيس ولفظ البيهقي وذكر ابن المسيب أنهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما في بطنها والقصة مفصلة عند ابن إسحق معروفة لأهل السيرة وذكر البخاري أيضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين أتي بهم

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر

فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وأخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند أم الدرداء فأخذت برغوثا فرميته في النار فقالت سمعت أبا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار إلا رب النار هذا وتحريق الأسلحة أيضا وما لا يحرق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم وما في فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في أرض غامرة أي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لأن النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لأنه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالأسارى خيرا حدث ابن إسحق عن نبيه بن وهب أخي بني عبد الدار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالأسارى فرقهم بين أصحابه وقال استوصوا بالأسارى خيرا فقال أبو عزيز مر بي أخي مصعب بن عمير ورجل من الأنصار يأسرني فقال له شد يديك به فإن أمه ذات متاع قال وكنت في رهط من الأنصار حين أقبلوا بي من بدر فكانوا إذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز وأكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم إياهم بنا ما تقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز إلا نفحني بها قال فأستحيي فأردها على أحدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز أن يقتلوا جوعا اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة والله أعلم **قوله** ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك إذا انهزم الكفار وعن أبي يوسف الأحب إلي أن لا يقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخي وهذا إذا لم يكن مع الإمام حمولة يحملها عليها في دار الحرب وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده يثبت بالهزيمة ويلزمه أن قسمة الإمام هناك لا تفيد ملكا إلا إن كان عن اجتهاد فإنه أمضى القضاء في فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فإن الحاجة موضعها مستثنى هذا وإلا فإن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين إما بالقسمة حتما كان أو باختيار الغانم التملك ليس هو قائلا إن الملك يثبت للغانمين بالهزيمة وعندنا لا يثبت إلا بالقسمة في دار الإسلام فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك لأحد بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الإحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق ببعض لعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك ويخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره وبمجرد الهزيمة بل لاختيار التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فإن سلمت بالحصة من الغنيمة أخذها وإلا أخذها وكل من أخذ قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لأنه لا يحد لثبوت سبب الملك ثم تقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولد بالجارية بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة عندنا وإن تأكد الحق لأن الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون إلا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لأن له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له ههنا تملك الجارية بدون رأي الإمام ولو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها وإن أعتقها أحدهم صح عتقه لأنها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا إذا قلوا حتى يكون الشركة خاصة أما إذا كثروا فلا لأن بالشركة العامة لا يثبت ولاية الإعتاق قال والقليل إذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخر قال في المبسوط والأولى أن لا يتوقت ويجعل موكولا إلى اجتهاد الإمام ومنها جواز البيع من الإمام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا بناء على ذلك ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة
تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام
ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة

على التاكيد بالهزيمة حتى صح الملك وقال التاكيد يكفي للارث الا ترى انا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسمة لتاكد الملك لا لنفس الملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط ومما يستدل على ضعف الحق اباحة تناول الطعام في دار الحرب بالضرورة وعدم ضمان ما اتلفت من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية ان منعوا الثاني لم يمنعوا الاول ومنها لحوق المدد في دار الحرب قبل القسمة شارك عندنا لا بعده للتاكد ومنها ما ثبت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك لهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا ارباب الاموال اذا اسلموا بعد ما قبل الاحراز لا يملكون شيئا بل هم من جملة الغزاة في القسمة وفي الاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره في النهاية ومنها اذا لم يؤخذوا وكان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو اتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا فان بعد الاحراز بدار الاسلام يتاكد حق الملك ليستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون ولضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة مع ما في المبسوط حيث قال واما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتاكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتاكد بالطلب ويتم بالملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض ووجه قول الشافعي بان سبب الملك تم بالهزيمة لان بها تحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر وبني المصطلق واوطاس في ديارهم ولنا منع ان السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة اي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا وهذا انتفت عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد الا ترى ان الدار مضافة اليهم فدل انه مقهور ما دام فيها نوعا من القهر بدليل ان له ان يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان في دار الحرب كذا المراة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص بقوله عليه الصلوة والسلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله ولان ذلك ثبت على نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اول حدود الاسلام لان مكة فتحت وارض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجرى احكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار الاسلام باجراء الاحكام وثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام قوله وعلى قولهما بالاول فقط وانت اذا علمت ان الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على ان الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في ان القسمة هل توجب الملك في دار الحرب امكنك تحميل الدليل من الجانبين على ذلك تقريره للشافعي انه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا يفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم ان القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد او اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز اما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام

قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذا اذا لم يقاتل لمرض
اولغيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافاً للشافعي
بعد انقضاء القتال هو بناء على ما مهدناه من الاصل انما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب
او بيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

واما الحديث الذي ذكره وهو انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جداً ثم ذكر المصنف خلافاً في ان ثمرة الخلاف في عدم
جواز القسمة قبل الاحراز وفي كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام من حل الوطي ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة بطلان
القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون في امر الحرب ربما يتفرقون وربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم
قال المصنف هي كراهة تنزيه عند محمد فالافضل ان لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام والافعال المتفقة في الاماكن
المختلفة لا تكون الا لداع هي كراهة خلافه او البطلان والكراهة ادنى فحمل عليه للتيقن به قيل ونقل الخلاف بهذا ان كان في المبسوط
غير جيد لانه لم يعرف خلاف بينهم الا ما يروى عن ابي يوسف وهذا لان المسائل الافراد به [illegible] صريحة بعدم [illegible] القسمة قبل الاحراز
مثل ما سياتي ان من مات من الغانمين [illegible] لا يورث [illegible] الغنيمة [illegible] لا يباع من ذلك [illegible] ونحوه شيء [illegible] تنفيل بعد الاحراز
وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة لقول لان دليل البطلان [illegible] القسمة قبل الاحراز راجح
على دليل جوازها الا انه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز [illegible] [illegible]
الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام خبوع عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح
من الدليلين وترك المرجوح ان كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي رجح عنده وكونه لم يخالف ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز لذلك
المجتهد النزول عن مقتضاه والا شكل خلافية من المسائل كذلك اذا لزم حكم البطلان فما سبب ثبات الكراهة والتحقق في سور الهرة
لعدم تحاميها النجاسة لان دليل الحرمة اللحم الموجب لنجاسة السور عارضه شدة المخالطة ورجح عليها فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعي
يحتاج خصوصه الى دليل من شدة المخالطة دليل الطهارة فقط فبقي الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة اما اذا تحققت لهم
في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوها قسمها في دار الحرب **قوله والردء** اي العون والمقاتل اي المباشر للقتال مع الكفار وكذا
امير العسكر سواء في الغنيمة لا يتميز واحد منهم على آخر لشيء وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق وسنبين سببها فيما ياتي ان شاء
الله تعالى **قوله واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركهم** اي المدد فيها وعن الشافعي فيه قولان هو ما ذكرناه
بناء على ما مهدناه من ان الملك لا يتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز ان يشاركهم المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد
الا بثلاثة امور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد هذا وعلى ما حققناه للمشايخ تاكد الحق وعدمه
وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن ابي هريرة رضي بعث عليه الصلوة والسلام ابان على سرية قبل نجد فقدم ابان واصحابه
على رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخيبر بعدما افتتحها الى ان قال فلم يقسم لهم لا دليل فيه لان وصول المدد في دار الاسلام لانه
شركة وخيبر صارت دار الاسلام بمجرد فتحها فكان قد وصل والغنيمة في دار الاسلام واما اسهامه لابي موسى الاشعري على ما في الصحيحين
عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه انا واخوان لي انا اصغرهم احدهما ابو بردة
والاخر ابو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالقتنا الى النجاشي فوافقنا جعفر بن ابي طالب واصحابه عنده فقال جعفر ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وامرنا بالاقامة فاقيموا معنا فاقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فتح خيبر

قال ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال العبد الضعيف [illegible] لم يقيد بالحاجة [illegible] في رواية [illegible]
بين الغانمين [illegible] الا لحاجة كما في الثياب [illegible] وجه الاخرى [illegible] عليه [illegible]
[illegible]
وقد بيناه [illegible]
الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من سلاح [illegible]
له وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك وقد بينا ان الاباحة للحاجة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة لانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف السبي لانه لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج

وهو المراد بقوله وقد بيناه **قوله** ولا بأس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام علف الدابة علفا من باب ضرب فهو معلوفة وعليف والعلف ما اعتلف وحاصل ما هنا ان الموجود اما ما يؤكل او لا وما يؤكل اما يتداوى به كالهليلج او لا فالثاني ليس لهم استعماله الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بان مات فرسه او انكسر سيفه اما اذا اراد ان يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك لا يجوز ولو فعل اثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم بعض المستحق على وجه يكون اثر الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده الى الغنيمة اذا انقضى الحرب وكذا الثوب اذا ضره البرد يستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها ولم يذكر محمد قسمة السلاح ولا فرق كما ذكر المصنف لان الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا من اصولها فيقسم الى دار الاسلام مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعني بالاجر فيه روايتان تقدمتا واما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس في محل الحاجة الى المفضول وقال عليه الصلوة والسلام ردوا الخيط والمخيط والاشكال يتحقق باحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة واما ما يؤكل للتداوي سواء كان مهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والخبز والزيت والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والادهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان لان الادهان انتفاع في البدن كالاكل ويوقحوا الدواب بها وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن اذا حفي من كثرة المشي والراء في ترقيح خطأ كذا في المغرب لكن الاصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشائخ وفي الجمهرة رقحت ترقيحا اذا اصلحه والتشديد للتكثير من عيش رقيح يعيش فيه وهو جماعة من الناس الذي لا نظام لهم فالترقيح اعم من الترقيح وكذا كل ما يكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها واكلها ويردون الجلد الى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة الى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الائمة الثلاثة فيجوز لكل من الغني والفقير تناوله الا التاجر والداخل لخدمة الجندي باجر لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذين دخلوا معه وينبغي ان يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبده لان نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي ان يأخذه لاجله ولان دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الاسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو السلاح والثياب يناط بحقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المصنف من قوله عليه الصلوة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي انبأنا علي بن محمد بن بشران انبأنا ابو جعفر الرازي ثنا احمد بن حنبل ثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الاشجعي عن ابي سفيان عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا واخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية السير الكبير واخرج ابو داود عن عبد الله بن ابي اوفى اصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف واخرج البيهقي عن هانئ بن كلثوم ان صاحب جيش الشام كتب الى عمر رض انا فتحنا ارضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت ان اتقدم لشيء من ذلك الا بامرك فكتب اليه دع الناس

ان تقدر

قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح الآخر وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف رح الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد رح تثبت

ويعلمون ثمن ما باع شيئا بذهب او فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين وهذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز ان يبيعوا شيئا من ذلك ولا يتمولونه فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عن مشترك بين الغانمين استحقاقا قوله ومن اسلم منهم هنا اربع مسائل احدها اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهر على الدار والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من انه احرز نفسه واولاده الصغار وما كان في [illegible] المنقولات الى [illegible] والثانية اسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ما له هناك فيء الا اولاده الصغار لانه حين اسلم كان تبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما اودع مسلما او ذميا ليس فيئا لان يدهما صحيحة على ذلك المال فيدفع اليه المسلم فيرد عليه وما اودع حربيا ففي ظاهر الرواية فيء وعن ابي حنيفة [illegible] [illegible] [illegible] قامت يده [illegible] [illegible] اغتنام المسلمين عن اموال المستأمن منهم اسلم في دار الاسلام ثم ظهر على الدار فجميع ما خلفه فيها من الاولاد والعقار والمال فيء لان تباين الدارين قاطع للعصمة فيما خلفه وثبت الاستيلاء على الكل [illegible] اما في غير الاولاد فظاهر واما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال تبعا [illegible] او الذمي بدار الحرب بامان فاشترى منهم اموالا واولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فيء لان يده صحيحة [illegible] [illegible] [illegible] للمسلمين ايا ما فالارضون خارجة فيها استدركه من قاتل من عبيده فيء وامرأته الحبلى الحربية وما في بطنها فيء ووديعته ولو عند حربي له لانه ما دام في دار الحرب فيده عليها ولنأت الى مسألة الكتاب قال ومن اسلم منهم الخ قال معناه في دار الحرب قيد به احترازا عما لو اسلم مستأمن في دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها على ما ذكرناه وبعد ذلك اعم من كونه خرج الينا او لم يخرج الينا والحكم المذكور يختص بما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سبق انفا من ان الذي خرج فظهر على الدار غنمناه الا اولاده الصغار فلا بد من تقييده لكن من كونه في دار الحرب كونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وقوله يحرز نفسه واولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا قال بالنصب عطفا على نفسه من نقد وعبيد واما قوله عليه الصلوة والسلام من اسلم على مال فهو له فقال محمد ثنا الثقة ثنا ابن لهيعة قال ثنا ابو الاسود عن عروة بن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له اخرج سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى ابو داود عن ابان بن عبد الله بن ابي حازم عن ابيه عن جده صخر بن العيلة انه عليه الصلوة والسلام غزا ثقيفا فساقه الى ان قال فدعاه اي دعا صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم ثم ساقه الى ان قال وسأل نبي الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم قد تركوه فانزله اياه واسلم يعني السلميين وساقه الى ان قال فقالوا يا رسول الله اسلمنا واتينا صخرا ليدفع الينا ماءنا فابى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم فادفع الى القوم ماءهم وابان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم ياء ساكنة يا مثناة من تحت ويقال ابن ابي العيلة ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه وقوله او وديعة او وهما في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة بنصب وديعة ويده اي يد المودع كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وما له من زرع قبل ان يحصد لانه تبع للارض وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول لم يذكروا [illegible]

وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إنه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لأنه حر لانعدام الجزئية عند ذلك وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لأهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكر محمد رحمه الله الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لهما أن المال تابع للنفس والنفس قد صارت معصومة بالإسلام فيتبعها ماله فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام ألا ترى أنها ليست بمتقومة إلا أنه محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفا وإباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالإسلام بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة

في شرح الجامع الصغير ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت وحكاه شمس الأئمة على خلاف هذا فقال فأما عقاره فلا يصير فيئا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف استحسن فأجعل عقاره له لأنه ملك محترم له كالمنقول انتهى وحكى غيره أن عندهما لا يصير فيئا وعند أبي حنيفة هو فيء ووجه ما ذكره المصنف لقوله ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لأنها جعلت ناسخة لما في أيديهم فظاهر ما ذكرناه من حديث أبان يشهد لكونه غير فيء فإنه قال لصخر منهم ماهم أن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماه مالا وأراد من الماء الأرض التي فيها الماء لا النفس لما بخصوصه الأمر إلى قوله اتركني فأنزل إياه والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد ضعف أبا جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء وتنزل الأرض لأجله قال وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام وكذا حملها فيء وإن حكم بإسلامه تبعا لخير الأبوين وفيها خلاف الشافعي هو يقول إنه مسلم كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره كما لو تزوج أمة الغير يكون أولاده مسلمين أرقاء بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون لا يتبعونه في الإسلام ولا خلاف في هذا ومن قاتل من عبيده فهو فيء خلافا للأئمة الثلاثة والظاهر معهم لأنه لم يخرج عن كونه مالا ولأصحابنا أنه لما قاتل والفرض أن سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لأهل دارهم فانتقضت النسبة بالمالية إلى مولاه لأن كمال معنى المالية بالملك واليد ومن هذا علمنا ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو فيء لارتفاع يده بالغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة لأن الحربي الغاصب ملكه بالغصب لأن دار الحرب دار القهر والغلبة قال الفقيه أبو الليث وكذا إذا كان وديعة عند حربي عنده خلافا للأئمة الثلاثة في الفصلين لإطلاق الحديث ولأبي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لأن يد المودع كيده ولو كانت في يده حقيقة لا يكون فيئا فكذا إذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لأنه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولأبي حنيفة أن يد الحربي ليست محترمة ألا ترى أنها لا تدفع يد الغانمين عن ماله فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الأصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها كما أن التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء من رفع الحدث فيكون المال معصوما بالعصمة صاحبه أجيب بوجهين أحدهما أن المال في الأصل غير معصوم بل على الإباحة وإنما يتعصم تبعا لعصمة مالكه وتبعيته له إنما تثبت إذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكما مع الاحترام وكلاهما انتفت هنا وهذا قد يمنع فيه عدم الاحترام بل هو الحكمية محترمة غير أن الحقيقة هي يد الحربي الحقيقة الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكم إن أوجب العصمة فالحقيقة ينفيها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت في حين أسلم للإجماع على ثبوت حكم مال كونه في يد الحربي والنص يوجب في ملكه العصمة بالإسلام وأما ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فقال المصنف هو فيء عند أبي حنيفة خلافا لهما وقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وفي بعض النسخ مقالا لا يكون فيئا إلى أن قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية إنه تتبع النسخ والصحيح منها

وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة قد ارتفعت ولأن الإباحة باعتبار الحاجة ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة معناه إذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لأنه كان أحق به قبل الإحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين إن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فأن لله خمسه وللرسول استثنى الخمس

إن المال ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا إلا في رواية السير الكبير على ما ذكره الإمام شمس الأئمة وكذا ذكره في المبسوط ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد إلا أن فخر الإسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي فإنه يكون فيئا فهو في هذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون فيئا وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي وغيرهما لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام بل هي بسبب أنه فاعل مختار به فإنما هو محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفا حامل الأمانة وإباحة التعرض كان لعارض شره فلما اندفع بالإسلام عاد الأصل بخلاف المال فإنه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك في الأصل وليست في يده في حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد أحد فلم تثبت العصمة فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم أو الذمي وديعة فإنه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن غنيمة لما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث فيقتضي أن يزول ملكه إلى المسلم بل الغاصب وح لا يكون مباحا اللهم إلا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد وقوله وليست في يده حكما إنما هو على تأويل الأموال **فرع** أسر العدو عبدا ثم أسلموا فهو لهم لأنه مال أسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعا يلزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لأن حق ولي الجناية في رقبته فلا يبقى بعد زوال ملك المولى الآن ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك وهذا لأن الدين شاغل لما تثبت فإنما ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة أي ولم يسلم مولاه فأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فإن الجناية لا تبطل عنه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال **قوله** وإذا خرج المسلمون من

دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة اندفعت والإباحة التي كانت في دار الحرب إنما كانت باعتبار الحاجة ولأن الحق تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الإخراج ومن فضل معه طعام أو علف يرده إلى الغنيمة معناه إذا لم يكن قسمة الغنيمة في دار الحرب بشرطه وهو انتفع به قبل قسمتها بعد الإحراز يرد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص وهو الواحد الداخل والاثنان إلى دار الحرب إذا أخذ شيئا فأخرجه يختص به قلنا المال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لأنه أحق به قبل الإخراج وبعده وأما بعد القسمة فيتصدقون بعينه إن كان قائما وبقيمته إن كانوا باعوه هذا إذا كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين لتفرقهم وإن كانوا انتفعوا فيه فلا شيء عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الإحراز يتصدق بها الغني لا الفقير

فصل في كيفية القسمة قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها وإنما أفرده بفصل على حدة لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة إلى غيره من الأحكام والقسمة جعل النصيب الشائع معينا **قوله** ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها أي من القسمة بين الغانمين ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين إلخ أقول القدوري وقال المصنف لقوله تعالى فأن لله خمسه استثنى الخمس أي لأنه تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للإخراج وهو من استثنيت الشيء زويته لنفسي فهذا يرجع إلى قول الله تعالى لا قسمة الإمام بل الخمس أخل في قسمته إذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطي خمسها لليتامى والمساكين وابن السبيل

ويقسم ما بقي بعد الخمس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رض ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابن عباس رض ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم

على ما سياتي ويعطى الاربعة الاخماس للغانمين فعند ابي حنيفة وزفر للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد واكثر اهل العلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم لهما ما روي عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاري واخرجه الستة الا النسائي وفي مسلم عنه قسم في النفل للفرس سهمين وللرجل سهما وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية اسهم للرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من اول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ الفائتة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجالة الفا واربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس مثله ولان الاستحقاق بالغناء وهو بالمد والفتح الاجزاء والكفاية وغناء الفارس الكر اي الحمل على الاعداء والفر الكائن للكرة وللمتابعة في موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم انه مقتول ان لم يفر كما سيتكلم بمعنى عند قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة والثبات وليس للراجل الا الثبات فاغنى في ثلاثة امور والراجل في واحد منها واستدل المصنف لابي حنيفة بحديث ابن عباس انه اعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد بن الفضيل بن غزوان ثنا الحجاج عن ابي صالح عن ابن عباس قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما واخرجه ايضا من طريق ابن ابي ليلى عن الحكم عن ابن عباس نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن في هذا احاديث منها ما في ابي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت ابي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية الانصاري وكان احد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض ما للناس قالوا اوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر على اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما قال ابو داود وهذا وهم انما كانوا مائتي فارس فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه واعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب والد مجمع الراوي عنه ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو انه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم في سنده الواقدي واخرج الواقدي ايضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضرب لي سهم ولفرسي سهم ومنها ما اخرج ابن مردويه في تفسيره ثنا محمد بن محمد العسري ثنا المنذر بن محمد حدثني ابي ثنا يحيى بن محمد بن هاني عن محمد بن اسحق قال ثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا ابو اسامة وابن نمير قال ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما انتهى ومن طريقه رواه الدارقطني وقال قال ابو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابي شيبة لان احمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن ابي اسامة خلاف هذا يعني انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرجه عن نعيم ثنا ابن المبارك عن عبيد الله

وقد روى عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك ان نعيما ثقة وابن المبارك اثبت الناس واخرجه ايضا عن يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب اخبرني عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما وقال وتابعه ابن ابي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري رواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس او الفرس ثم اخرجه عن حجاج بن منهال ثنا حماد بن سلمة ثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد عن حماد روى حديث عبيد الله متعارضا لكن رواية البيهقي عنه اثبت وروى الدارقطني ايضا في كتابه المؤتلف والمختلف ثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن ابي رواية قالا ثنا احمد بن منيع البغوي ثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن امين عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر في فعله عليه الصلوة والسلام مطلقا نظرا الى تعارض روايته فيرجح ابن عمر ايضا ترجيح النفي بالاصل وهو عدم الوجوب بالمعنى وهو ان الكر والفر جنس واحد والثبات جنس احدهما اثنان للفارس وللراجل احدهما على ضعف ماله ولان الزيادة ليست الا بالزيادة في الغناء ضرورة واذا تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لان كم من راجل نفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة اغناء راجل من فارس فاذا دار الحكم على سبب ظاهر للفارس سببان في الغناء بنفسه وفرسه وللراجل نفسه فقط فكان على النصف وقوله لهم واذا تعارضت روايتان ترجح رواية غيره يريد ابن عباس وقد علمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر في البخاري فهو اصح قلنا قد بينا غير مرة ان كون الحديث في كتاب البخاري اصح من حديث آخر في غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح او رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع ان الجمع وان كان احدهما اقوى من الآخر اولى من ابطال احدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالهما اولى من اعمال احدهما بعد كونه سندا صحيحا على ما ذكر من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه اما قوله تعارض فعلاه فرجع الى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف وتخيلي من تخزاه لابن ابي شيبة ثم هو نزل ان ما تقدم له في سجود السهو من قوله تعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله ما تقدم هناك من انه يفيد ان المصير الى الفعل فاذا تعذر التمسك به يصار الى القول ليس كذلك هذا واعلم ان مخارج الحديث الثلاثة اكثر فانه روى من حديث ابن عمر واخرجه ابو داود من حديث ابن ابي عمرة عن ابيه والطبراني من حديث ابي رهم وهو مختلف في صحبته واخرجه ايضا من حديث ابي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد واخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وابو عبيدة القاسم بن سلام واخرجه احمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير واخرجه الدارقطني ايضا من حديث جابر واخرجه ايضا من حديث ابي هريرة واخرجه ايضا من حديث سهل بن ابي حثمة وهي مع انها لم تسلم من المقال تنافي قول ابي حنيفة الا انك قد علمت ان الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابن عمرة اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعة نفر ومعنا فرس فاعطى كل انسان منا سهما واعطى الفرس سهمين وفي حديث الزبير انه عليه الصلوة والسلام اعطى الزبير سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس منا ثلاثة اسهم واعطى الراجل سهما فهذا ظاهر في انه ليس امره المستمر والا لقال كان عليه الصلوة والسلام وقضى عليه الصلوة والسلام نحوه فلما قال غزاة وقد علم انه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في ان غيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني

ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رحمه الله يسهم لفرسين لما روى ان النبي عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فلا يسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

الحديث الزبير اعطاني يوم بدر وفي رواية له اخرى عنه يوم خيبر ولا ينافي اذ اجاز كونه قسم له ذلك فيهما واما في حديث سهل بن ابي خيثمة شهدنا فاسهم لفرسه سهمين وله سهما وفي حديث عبد الله بن ابي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة انه عليه الصلوة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضي ان ذلك مستمر منه عليه الصلوة والسلام وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة رضي الله عنها وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة واما حديث ابي كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لان رواية محمد بن عمران القيسي اكثر الناس على تضعيفه وتوهينه **قوله ولا يسهم الا لفرس واحد** اذا دخل دار الحرب بفرسين او اكثر وهذا قول مالك والشافعي وقال ابو يوسف وهو قول احمد يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه ولم يذكر اختلاف في ظاهر الرواية عن ابي يوسف وانما هو في رواية الاملاء عنه فاستدل المصنف لذلك بما روى انه عليه السلام اسهم لفرسين وهذا روي من حديث ابي عمرة عن بشير بن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي اربعة اسهم ولي سهما فاخذت خمسة اسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير اخرجه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي اخبرنا صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير حضر خيبر بفرسين فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال فيه قال الشافعي رحمه الله في دفعه وهشام اثبت في حديث ابيه الى ان قال واهل المغازي لم يرووا انه عليه الصلوة والسلام اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه عليه الصلوة والسلام حضر خيبر بثلاثة افراس السكب والظرب والمرتجز ولم ياخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضي الله عنه قال اعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لامي من ذوي القربى ومن رواية هشام بن عروة ايضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام باربعة اسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا احسن الا ان قول اهل المغازي لم يرووا انه اسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي ثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وقال ايضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن ابي صعصعة عن الحارث بن عبد الله بن كعب ان النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلاثة افراس لزاز والظرب والسكب وقاد الزبير بن العوام افراسا وقاد خراش بن الصمت فرسين وقاد البراء بن اوس فرسين وقاد ابو عمرة الانصاري فرسين فاسهم عليه الصلوة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهما له ولو كان اكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد واثبت ذلك انه اسهم لفرس واحد ولم يسمع انه صلى الله عليه وسلم اسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور ثنا فرج بن فضالة ثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح ان اسهم للفرس سهمين وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة اسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد ايضا حدثنا ابن عياش عن الاوزاعي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين واما ما ذكره المصنف عن البراء بن اوس انه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه مما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله وذكرناه ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد بن قيس عن محمد بن عمرو المدني عن يعقوب بن محمد

والبراذين والعتاق سواء لأن الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولأن العربي ان كان في الطلب والكر اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه في الفصلين وكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمه الله في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص عند المجاوزة فارسا كان او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق

بن مسعود عن عبد الرحمن بن اوس انه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة اسهم الا ان هذا غريب قال مالك في الموطا لم اسمع بالقسم الا لفرس واحد وهو المستمر العمل على طريقه حمل الزائد على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله الى ان قال فلما اصبحنا قال رسول الله خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم اعطاني سهمين سهم للفارس وسهم للراجل فجمعهما لي جميعا ورواه ابن حبان وقال كان سلمة بن الاكوع في تلك الغزاة راجلا فاعطاه من خمسه عليه الصلوة والسلام لا من سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنقذ لقاح النبي صلى الله عليه وسلم قال بن مهدي فحدثت به سفيان فقال خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم وجهه عندي اولى من حمله على انه اعطاه من سهمه لا انه السهم لقتال بل هبة خص بها سلمة لانه اللقاح فصل في السيرة **قوله** والبراذين وهي خيل العجم واحدها برذون والعتاق جمع عتيق كرائع ورائع وهي كرام الخيل العربية هما سواء في القسم فلا يفضل احدهما على الاخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون ابوه من البراذين وامه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون ابوه عربيا وامه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من اهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورد فيه حديثا شاذا وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب من ان اطلاق الخيل يشملها وكذا الارهاب لان في كل خصوصية ليست في الاخرى والعتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون افضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه الين عطفا من العربي غير صحيح لان هذا دائر مع التعليم والعربي اقبل للادب من العجمي من الخيل وكون احد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن ان يكون ذكره لما نقل عن عمر انه فضل اصحاب الخيل العربية على المقارف وفي سيرة ابن هشام حدثني ابو عبيدة قال كتب امير المؤمنين عمر بن الخطاب الى سلمان بن ابي ربيعة الباهلي وهو بارمينية يامره ان يفضل اصحاب الخيل العراب على اصحاب الخيل المقارف في العطاء فعرض الخيل فمر به فرس عمرو بن معدي كرب فقال سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو فقال الهجين عرف هجينا مثله فوثب اليه قيس ابن مكشوح فتوعده فقال عمرو اتوعدني كانك ذو رعين بافضل عيشة او ذو نواس وكائن كان قبلك من نعيم وملك ثابت في الناس راسي قديم عهده من عهد عاد عظيم قاهر الجبروت قاسي فاسى اهله بادوا وامسى يحول من اناس في اناس **قوله** ومن دخل دار الحرب فنفق فرسه اي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى في دار الحرب فرسا فقاتل فارسا عليه استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين وكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن ابي حنيفة اي فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه ان له سهم فارس وظاهر المذهب الاول والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب وعنده حال الحرب لان السبب في استحقاق الغنيمة اذا وجدت هو القتال فيعتبر حال الشخص المستحق عنده دون المجاوزة لانها انما هي وسيلة الى السبب اي العلة الحقيقية كالخروج من البيت لقصد القتال في دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحال الغازي عنده بالاتفاق لا يعتبر فكذا عند المجاوزة والدليل على ان المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الراجعة الى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل الصبي والعبد وغيرهما فانهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شرعا في حق استحقاق الغنيمة فانه غير متعذر ولو تعذر او تعسر فشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال من المجاوزة ولنا ان المجاوزة نفسها من القتال لانه يلحقهم الخوف بها والاغاظة والحال بعدها حال بقاء القتال لانه تنوع القتال الى المجاوزة الى منازلهم وسكك بلادهم الى حقيقة المسايفة ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة

ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة لا يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر

ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام

القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال شغل شاغل لكل احد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه او بشهادة العدول بكل فرد فيسقط اعتباره بخلافه في حق افراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فانه يتيسر في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي الى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة واما ما قيل في التعذر بان الشهادة من اهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على ان هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا الا انه ينقص سهم نفسه فهو حجة لنفسه اولا الضرر وشركته في اصل المغنم ليست متوقفة على شهادة هذه الا ترى الى ما في الحديث من قول ابي قتادة من يشهد لي حين جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه وقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ولا بينة الا اهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلاة والسلام لو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان لو الشجرة او لانه في سفينة ودخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى بر هم فلا قوهم قبله فقتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهبه او آجره او رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة بالفرس القتال عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس بالاتفاق وكذا اذا باعه حال القتال لا يسقط عند البعض قال المصنف الاصح انه يسقط لانه ظهر ان قصده التجاره وانما انتظر حالة العزة وعورض بان تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة الا ان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فيجب منها دليل على انه عزاه غرض الا ان فيه ما لانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم ادبه او غير ذلك لان العادة ليس هو البيع ونحوه من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظار الحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره او ضعفه او هزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب او مستعار او مستاجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بالفرس ليقصد القتال عليه ترجيح الاولى الا ان يراد في اجزاء السبب بفرس مملوك هو ممنوع فانه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا قوله ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم وليعطون قليلا من كثير فان الرضخة في الاعطاء كذلك الا انه اكثر السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكنه دونه على حسب ما يرى الامام وسواء قاتل العبد باذن سيده او بغير اذنه والمكاتب كالعبد لما ذكر في الكتاب قد استدل لهم بان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم لهم اخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه ان ليس لهما شيء الا ان يحذيا وفي ابي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا كتبت كتاب ابن عباس الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن واخرج ابو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى ابي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي الى ان قال فاخبر اني مملوك فامر لي بشيء وآنا في ابي داود والنسائي عن حشرج بن زياد عن جدته ام ابيه انها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا في وجهه الغضب فقال مع من خرجتن فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله

لما روي انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد لكن كان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم

ومعنى دواء للجرحى وتناول السهام وتسقي السويق قال فمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر اسهم لنا كما اسهم للرجال وبه قال الاوزاعي وقال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره انه لجهالة رافع وحشرج عن رواية وقال الطحاوي يحتمل انه عليه الصلوة والسلام سنا اهل الغنيمة وقال غيره يشبه انه انما اعطاهن من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن ان يكون كون التشبيه في اصل العطا واراد بالسهم الخصص به والمعنى خصنا بشيء كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم اتباع اصول ثابتة حيث لم يفرض على احد منهم في غير النفير العام في غير الصبي ويزيد الذمي بانه ليس اهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من اهلها وهي من الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقي في العسكر والمستاجر لخدمة الغازي اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصته من القتال من اجرة الاجير لانهما من اهل فرض فلا يكونان تبعا في حق الحكم بل في السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي واحمد وفي قول له وهو رواية عن احمد من اربعة الاخماس وفي قول الشافعي من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل وكذا الصبي والذمي لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبي قادرا عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر وان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فاقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة امانها لشبهة القتال منها والامان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد اعطاء الذمي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق بان ذلك ليس رضخا بل بمقام الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك يزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى في عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لم يتقبله الله منه ولا يصح له فكذلك لم يبلغ به السهم كما ذكره المص قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر واما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجوز نصبه ويكون النائب لفظة به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلوة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة فقال له عليه الصلوة والسلام تؤمن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى ان قيل له في المرة الثالثة فانطلق وعن حبيب بن اساف قال اتيت انا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم انا نستحيي ان يشهد قومنا مشهدا لا نشهده معهم فقال اتسلما فقلنا لا قال فانا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فاقول لا عدمت رجلا عجل اباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المص ولما استعان عليه الصلوة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الاحاديث والمذكور في ذلك حديث ابي يوسف اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم فلم يسهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف واسند الواقدي الى ضمرة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزا بهم اهل خيبر واسهم كسهمان المسلمين ويقال احذاهم ولم يسهم لهم واسند الترمذي الى الزهري قال اسهم عليه الصلوة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معه وهو منقطع وفي سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقتادة شيئا ويقول هي بمنزلة الريح ولا شك ان هذه لا تقاوم احاديث المنع في

والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة ترضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فتقام هذه النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والذمي ليس من اهله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

القوة فكيف تعارضها وقال الشافعي رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان في غزوة بدر ثم انه عليه الصلوة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن امية وهو مشرك قال وان كان لاجل انه مخير بين ان يستعين وان يرده كما له رد المسلم المعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لاجل انه مشرك فقد نسخه ما بعده ولا باس بان يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لهم ولعل رده كان في غزوة بدر رجاء ان يسلم **قوله** فاما الخمس الذي تقدم انه يخرج اولا فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم فيقدمون على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من اخذ الصدقات وذوي القربى لا يحل لهم هذا راي الكرخي وسياتي راي الطحاوي ان يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون اغنيائهم واليتيم صغير لا اب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء ابناء السبيل من ذوي القربى في ابناء السبيل فان قيل فلا فائدة ح في ذكر اسم اليتيم لان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتيم اجيب بان فائدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر في التاويلات للشيخ ابي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القران اجاب بان افهام بعض الناس قد يفضي الى ان الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم وبقول الشافعي قال احمد وعند مالك الامر مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من القرابات ونحن نوافقه على ان القرابة المرادة بها تخص بني هاشم وبني المطلب فالخلاف في دخول غنيي ذوي القربى وعدمه وقال المزني والثوري يستوي فيه الذكر والانثى وجه قول الشافعي والثاني وجه ظاهر الاطلاق لنفس الاطلاق قوله تعالى ولذي القربى بلا فصل بين الغني والفقير ولان الحكم المعلق بوصف يوجب ان مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فانهم يعتبر فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها بخلاف ذوي القربى ثم لا تنافي مناسبتها بالغني لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ثم انه لم ينكر عليهم ذلك احد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلوة والسلام على خمسة اسهم لله وللرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سالت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارايت علي بن ابي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق وما ولي من امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون ما تقولون فقال ما والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه فقلت فما منعه قال

واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير

كره والله ان يدعى عليه خلاف سيرة ابي بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه تصح رواية ابي يوسف عن الكلبي فان الكلبي مضعف عند اهل الحديث الا انه وافق الناس وانما الشافعي يقول لا اجماع بمخالفة اهل البيت وحين ثبت هذا امكننا بانه انما فعله لظهور الصواب لانه لم يكن يحل له ان يخالف اجتهاده لاجتهادهما وقد علم انه خالفهما في اشياء لم توافق رايه كبيع امهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا انه رجع الى رايهما ان كان ثبت عنه انه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعي عن ابي جعفر محمد بن علي قال كان راي علي في الخمس راي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون اهل البيت لان ما يمنع ان فعله كان تقية من ان ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين عن حقهم في اعتقاده ولم يكن منه الا لرجوعه وظهور الدليل وكذا ما روي عن ابن عباس من كان يرى ذلك محمول على انه كان في الاول كذلك ثم رجع فان لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من احد اولى فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوي القربى اصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو خلاف الكتاب ولفعله عليه الصلوة والسلام لانه اعطاهم بلا شبهة اجاب على قول الكرخي ان الدليل دل على ان السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلوة والسلام يا معشر بني هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم في الزكوة واسند الطبراني في معجمه ثنا معاذ بن المثنى ثنا مسدد ثنا معتمر بن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله يستعين بكما على صدقات فاتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لاهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس لما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن ابي حاتم في تفسيره ثنا ابي ثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي ثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت عن غسالة ايدي الناس ان لكم في خمس الخمس لما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض التابعين ثم نفي كون العوض انما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضي ان المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقراء ذوي القربى فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم وكونهم مصارف مستمرا وينافيه اعتقاد حقيقة منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر رواياتنا انهم لم يعطوا ذوي القربى شيئا من غير استثناء فقرائهم وكذا ينافيه اعطاؤه عليه الصلوة والسلام الاغنياء منهم كما روي انه اعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول الشيخ والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الخ يدفع السؤال الثاني لكن يوجب عليه ان نقضه مع ما قبله لان الحاصل حينئذ ان القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من تاخر عنه عليه الصلوة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء ان يعطوهم وهو خلاف ما تقدم عنه انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة ويعكر ما سيروى في تصحيح قول الكرخي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم سهما مع انه لم يعرف اعطاء عمر لقيد الفقر مرويا بل المروي في ذلك ما في ابي داود عن سعيد بن المسيب ثنا جبير بن مطعم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبني هاشم وبني المطلب قال وكان ابو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير انه لم يكن يعطي قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه واخرج ابو داود ايضا عن عبد الرحمن بن ابي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ارايت ان توليني حقنا في هذا الخمس في كتاب الله اقسمه في حياتك

ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة **قال** فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه

لئلا ينازعني احد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية ابي بكر حتى كان آخر سنة من سنين عمر اتاه مال كثير فعزل حقنا ثم ارسل الي فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيئا لا يرد علينا ابدا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الا عطاء بالفقر المسلمين منهم وكيف والعباس كان ممن يعطي ولم يتصف بالفقر مع ان الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم انه لم يكن يقسم لذوي القربى وفي حديث علي انه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب ان يقول عليه على اعتقاد ان الراشدين لم يعطوا ذوي القربى ان ذكر ذوي القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب والا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلاة والسلام وذلك لان القول وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب ان يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان انهم مصارف الا ترى ان كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطى تمام الخمس لابناء السبيل وان يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين ان يصرفوهم الى غيرهم خصوصا وقد راوهم اغنياء متمولين اذ ذاك وراوا صرفه الى غيرهم انفع والقول مع ذلك ان الغني منهم مصرف ينبغي ان يقدم على الفقراء كما قد بيناه ويدفع قول الطحاوي انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة ويمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه اضافة اليهم لا حق لنا لازما اداؤه طاعة له ليصير صدقة وهذا يدل على بطلانه انه عليه الصلاة والسلام اعطى منه لهم في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا ان مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفا غير ان الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغني مصرفا صح الصرف اليه واجزى لان المصرف من بحيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس الغني من ذوي القربى عندهم كذلك هذا والا انه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما في ابي داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني عبد المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا وبنو عبد المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه اشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المؤانسة والموافقة في الجاهلية فانه ليس ذلك قتال فهو يشير الى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وان لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة في السير شهيرة وعن هذا استحقت ذراريهم مع انه لا يتاتى نصرة منهم فقال في شرح قوله قرابتنا واحدة انه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد الخامس عبد مناف له اولاد هاشم الذي ذريته النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابتكم من بني نوفل وبني عبد شمس والمطلب عليه السلام واحدة فمقتضى استحقاق ذوي القربى ان يستحق الكل على قول الشافعي او يكون فقراء لكن مصارف على قولنا فبين عليه الصلاة والسلام ان المراد القرابة التي تحقق معها تلك النصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف ورأوا غيرهم اولى منهم على ما ذكرنا **قوله** فاما ذكر الله تعالى الخ لما فرغ من بيان سهم ذوي القربى شرع ليبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر ان سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه وللرسول كذا وكذا ان له سبحانه سهما كما لكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام

وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا قال وبعده بالفقر قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رض اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو الماخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد والاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخل جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

ليتبرك به بذكر اسمه ثم فان لله ما في السموات وما في الارض فسهم الله ورسوله واحد وقال ابو العالية سهم الله ثابت يصرف الى بناء بيت الكعبة ان كان قريبة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس ودفع بان السلف فسروه بما ذكر فان هذا التفسير روي عن ابن عباس رواه الطبراني في تفسيره عن اسحاق بن كعب حدثنا احمد بن يونس حدثنا ابو شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رض انه قرأ واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه ثم قال فان لله خمسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الارض وفي غيره حديث عن ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة على قول هذا القائل يكون في ستة وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والآخرة قوله وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه الصلوة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع وسيف او جارية قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين اتى به علي رض بعد ان قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن اخطب من غنيمة خيبر رواه ابو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المص والحجة عليه ما قدمناه اي من الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على اربعة وفقهوا لا القسم ولم ينقل ذلك عن احد وايضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة واما قول المص وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم ما يغني عنه وقوله كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم وبعده بالفقر لا يخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذي القربى اما ان يراد به القربى المتقدمة تبارك لموافقة في الضيق والموانسة فيه فيكون المصارف مطلقا في الحيوة وبعد الممات واما الفقراء منهم فيهم المصارف كذلك اي في حياته وبعد مماته فليس لوجه فيه الا ما قدمناه من انه اريد ان القرابة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلوة والسلام اعطاهم اختيار الاحد الجائزين لا ان الصرف اليهم كان واجبا عليه كما يجوز ان يقتصر على مصرف دون مصرف ثم راى الخلفاء الراشدون دفع الصرف الى غيرهم واما فقراؤهم فالاولى ان يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرير وانما قال وقيل هو الاصح اي قول الكرخي لان من المشائخ كشمس الائمة من يرجح قول الطحاوي عليه غير ان توجيهه بان عمر رض اعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم وقوله والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يريد اجماع الخلفاء الراشدين رض والا فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء قوله واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين جمعه نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى ان الكلام ايضا في قوله فاخذوا ولكن كانه تنبيها على ان الثلاثة ايضا مراده اذا دخل واحد او اثنان او ثلاثة بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس فقد صرح بان الثلاثة كالواحد واما الاربعة فتخمس في المبسوط عن ابي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها بالسبعة والتي لها منعة بعشرة ومذهب الشافعي ومالك واكثر اهل العلم انه يخمس ما اخذه الواحد متلصصا لانه مال حربي اخذ قسرا فكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن واحمد في رواية عنه نمنع انه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما اخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والمتلصص انما ياخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث اذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة او كالعشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان الماخوذ قهرا غنيمة وخذلهم

فصل في التنفيل قال ولا بأس بأن ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس وان لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء

خذلانا اذا ترك نصره واسلمه

فصل في التنفيل نوع من القسمة فالحقه بها وقدم تلك القسمة لانها بضابط وهذه بلا ضابط لانه الى رأي الامام بان ينفل قليلا او كثيرا ونحوها والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لكونه لذلك ايضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان **قوله** ولا بأس بان ينفل الامام اي يستحب ان ينفل نص عليه في المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه يتأكد ما سلف من ان قول من قال لفظ لا بأس انما يقال لما تركه اولى ليس على عمومه واعلم ان التحريض واجب بالنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره ايضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله فاذا كان التنفيل احد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا اذا كان هو وهي الخصال الى التعدد يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به اولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير واما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين للآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء والا حرم التنفيل لاستلزامه مراده انما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول وغيره ويشكل عليه قوله عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا فانما كان بعد فراغ الحرب في حنين **قوله** فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له او يقول للسرية قد جعلت لكم النصف او الربع بعد الخمس ولو قال للعسكر كل ما اخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس او للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التي اوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وعينه يبطل ما ذكرنا من قوله من اصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو ابطال السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا اصلا باتفاقه فهو اولى بالبطلان والفرع المذكور في الحواشي وبه ايضا ينتفي ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين واثارة الفتنة فلا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا رأى المصلحة فيه ومحل التنفيل الاربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال احمد وعند مالك والشافعي لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى رأي الامام وما بقي للغانمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة اما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو ما يصاب لا حال كونه مالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بان هجم العدو وليس له ان ينفل الا من الخمس لان بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام **قوله** لانه لا حق للغانمين في الخمس اورد عليه انه لم يكن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم اجيب انما يجوز باعتبار جعل المنفل له من احد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا انهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة ينبغي للامام ان يضعه في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم **قوله** واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء وهو قول مالك وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وبه قال احمد الا انه قال اذا كان من اهل السهم او الرضخ وشرط الشافعي الاول قتلا واحدا او فيه تفصيل

وقال الشافعي رح السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك

(قوله الا ان احمد بن حنبل كقول احمد والثاني لا سلب) وشرطا ان يقتله مقبلا لا مدبرا ولا ان يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب احدا فيقتله لانه ليس غناء كثيرا اذ كل احد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث ابي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساق الى ان قال فقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لك يا ابا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله القتيل فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال ابو بكر الصديق رض لاها الله اذن لا يعمد الى اسد من اسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلوة والسلام صدق فاعطه اياه فقال فاعطانيه واخرج ابو داود في سننه عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في انه عليه الصلوة والسلام قال ذلك انما الكلام ان هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال او كان تحريضا بالتنفيل قاله في تلك الحرب وغيرها بخصوصها فعنده نصب الشرع لانه هو الاصل في قوله لانه انما بعث لذلك وقلنا كونه تنفيلا هو ايضا من نصب الشرع والدلالة على الخصوص واستدل المصنف على ذلك بانه عليه الصلوة والسلام قال لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك فكان ليلا على حمل قوله من قتل قتيلا فله سلبه فهو انه تنفيل في تلك الغزاة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث او حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والاوسط بلغ حبيب بن سلمة ان صاحب قبرس خرج يريد طريق اذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه الى ابي عبيدة فاراد ابو عبيدة ان يخمسه فقال له حبيب بن سلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو بن واقد ورواه اسحق بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن امية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن سلمة الفهري الى ان قال فجاء بسلبه على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب ان ياخذه كله وابو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ الا تتقي الله وتاخذ ما طابت به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كما ترى مجهول وبعض الرواة جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك سماه حبيب بن ابي سلمة وصوابه حبيب بن سلمة وذكره قد لا يضر ضعفه فانما نستانس به لانه محتمل لفظا روي عنه عليه الصلوة والسلام قد يتايد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل ابي جهل يوم بدر فان فيه انه عليه الصلوة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء لما اريا سيفهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا ان البيهقي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي من يشاء وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلوة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال فدينه انه قال في بدر ايضا على ما اخرجه ابن مردويه من طريق الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس عن عطاء عن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلوة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء ابو

ومالا يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فيحمل على الثاني لما رويناه زيادة الثناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه

ياسر بن فقال سعد بن عبادة اي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحيوة ان نصنع ما صنع اخواننا ولكنا رأيناك قد افردت فكرهنا ان ندعك بمضيعة قال فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر انه حيث قال ليس نصب الشرع لللابد وهو وان ضعف سنده فقد ثبت انه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا هكذا في ابي داؤد ولا شك انه لم يقل لفظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قال وقد علمنا انه لم يكن عنى دراهم او دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال يقتضي ذلك فلتقاوم مهما فيغلب على الظن ان ذلك المكني عنه للراو هو السلب ما اخذ لانه المعتاد ان يجعل في الحرب للقاتل وليس كلما روى بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والماخوذ للآخذ فيجب قبوله غاية الامر انه تظافرت به احاديث ضعيفة على ما يفيد ان المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه انه ليس نصبا مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه ارتقى الى الحسن فيغلب الظن انه تنفيل في تلك الوقائع وما بين ذلك لقية حديث ابي داؤد فانه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردأ لكم لو انهزمتم فئتم الينا فلا تذهبوا بالمغنم ويبقى فابى الفتيان وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين ان كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والماخوذ للآخذين وحديث مسلم ابي داؤد عن عوف بن مالك الاشجعي دليل ظاهر انه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من اهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس اشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه فقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فاخذ منه سلب الرومي قال عوف فاتيت خالدا فقلت له يا خالد اما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه اولا عرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فابى ان يرده عليه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلوة والسلام يا خالد رد عليه ما اخذت منه قال عوف قلت دونكها يا خالد الم اوف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فاخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل انتم تاركوا لي امرائي لكم صفوة امرهم وعليهم كدره ففيه امران الاول رد قول من قال انه عليه الصلوة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه الا في حنين فان مؤتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد انه عليه الصلوة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والاخر انه منع خالدا من رده بعد ما امر به فدل ان ذلك حيث قاله عليه الصلوة والسلام كان تنفيلا وان امره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابي انما منعه ان يرد على عوف سلبه زجرا لعوف لئلا يتجرى الناس على الائمة وخالد كان مجتهدا فامضاه عليه الصلوة والسلام واليسير من الضرر يحتمل للكثير من النفع غلط وذلك لانه لم يكن للذي تجرأ هو عوف وانما كان للمددي فلا تزر وازرة وزر اخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان اشد على عوف من منع السلب وازجر منه فالوجه انه عليه الصلوة والسلام احب ولا ان تمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب وشفاعته وذلك بمنع السلب لانه لغضب وسياسته بزجره يمنع حق اخر لم يقع جناية فهذا ايضا يدل على انه ليس شرعا لازما وقوله وزيادة الثناء جواب عن تخصيصه بكونه لقتيله مقبلا فقال زيادة الثناء في الجنس الواحد لا يعتبر موجبه زيادة من المغنم لما قامت به وقوله كما ذكرناه يعني ما قدمه في اول فصل كيفية القسمة من انه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بان اغناءه في الحرب اكثر من هذا ولا يكفي زيادة

ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه إن شاء الله تعالى فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر أملاكهم

شهرة هذا دون ذلك ولا بد أن يتحقق إغناء من غير المشهور في تحقيقه أكثر من المشهور أو يشير إلى قوله لأن الكر والفر أسرع من جنس والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه من ذهب وفضة وما سوى ذلك مما هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس سلبه بل هو حق الكل والحقيبة الزيادة في مؤخر القتب وكل شيء شددته في مؤخر رحلك أو قتبك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد في بردته روايتان **قوله** ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فقط وأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل أي في باب الغنائم من قوله لأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له ومن أصاب شيئا فهو له فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها في دار الحرب وقال محمد له أن يطأها وهو قول الأئمة الثلاثة لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب أو بعد قسم الإمام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالإجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص إذا أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لأنه ما اختص بملكها لأنه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما أن سبب الملك في المنفل ليس إلا القهر كما في الغنيمة ولا يتم إلا بالإحراز بدار الإسلام لأنه ما دام في دار الحرب مقهور دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا في حقه من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل في إثبات القهر بل في قطع حق غيره وأما الملك فإنما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لأن سبب الملك عقده والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الإحراز لا لما ذكر لأن لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب عند أبي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لأنه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الأظهر أن عدم الحل لا يتم القياس عليه لمحمد إلا على أحد القولين وقوله ووجوب الضمان بالإتلاف ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن محمدا ذكر في الزيادات أن المتلف للسلب بعد تنفيل الإمام رجلا يضمن ثم لم يذكر خلافا فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء عندهما أيضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف وإنما يضمن عند محمد خلافا لهما وفي نسخة وقد قيل والله أعلم

باب استيلاء الكفار لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقديم الأول على الثاني ظاهر **قوله** وإذا غلب الترك على الروم أي كفار الترك على كفار الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه عن قريب فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال أي مما أخذوه منهم وإن كان بيننا وبين الروم موادعة لأنا لم نغدرهم إنما أخذنا مالا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت إحداهما كان لنا أن نشتري من مال الطائفة الأخرى من الغانمين لما ذكرنا وفي الخلاصة والإحراز بدار الحرب شرط إلا بدارهم فلو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيئا لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غدرا بالأخرى فإنه على ملكهم ولو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أو مالا ينبغي أن يقال إن كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالأمية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز [illegible] ذلك عند الكرخي وإن لم يكن فإن دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز

وإذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها. قال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل

قوله وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وهو قول مالك وأحمد إلا أن عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولأحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك ويتفرع على ملكهم أموالنا بالإحراز أن لكل من نقل من أهل الحرب بأمان تحل لمن اشترى أن يشتري ما أخذوه ويأكله ويطأ الجارية كل ذلك قال الشافعي لا يملكونها لأن الاستيلاء أي استيلاءهم على أموالنا محظور ابتداء عند الأخذ وانتهاء عند حبسه في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلاة والسلام فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم والكفار مخاطبون بالحرمات إجماعا والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولأن المنقول عليه هو ما روى الطحاوي مسندا إلى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا إذا نزلوا يريحون إبلهم في أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير إلا رغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت المرأة بنذرها فقال بئسما جزيتها أو جزتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفي لفظ فأخذ ناقته لو كان الكفار يملكون بالإحراز لملكتها المرأة لإحرازها إياها وللجمهور وجه من النقل والمعنى فالأول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء والفقير من لا يملك شيئا فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها وليس من لا يملك لما هو في مكان لا يصل إليه فقيرا بل هو ابن السبيل ولذا عطفوا عليهم في نص الصدقة فأما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام في الفتح أين تنزل غدا فقال هل ترك لنا عقيل من منزل وروي تنزل غدا بدارك فقال هل ترك عقيل لنا من رباع بأن ما قاله لأن عقيلا كان استولى عليه وحوزه كفره فغير صحيح لأن الحديث إنما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فإن عقيلا إنما استولى على الرباع بإرثه إياها من أبي طالب فإنه توفي وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لأن الديار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجروا استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء

وروى أبو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأقام البينة أنها له وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن شئت أن تأخذ بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق وإلا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وأخرج الطبراني مسندا من تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده ياسين الزيات مضعف

وأخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم إن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به وإن وجده قد قسم فإن شاء أخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة وأخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له ومن وجده بعدما قسم فليس له شيء وضعف بإسحق بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به وأخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من أدرك ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له وإن أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به قال الشافعي واحتجوا أيضا بأن عمر بن الخطاب قال من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه إلا بالقيمة قال وهذا إنما روي عن الشعبي عن عمر ومن جابر بن جابر عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال فيما أخذه المشركون فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه إن أدركه قبل أن يقسم فهو له وإن جرت فيه

فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه التاجر به وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا

السلام فلا شيء له وروى عنه ايضا عن ابي عبيدة مثل ذلك وروى باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى ايضا باسناده الى قتادة عن خلاس ان علي بن ابي طالب قال من اشترى ما احرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي اصل هذا الحكم وغاية ما في ذلك تضعيف بالارسال والتكلم في بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وان هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمد الكذب وبعيد ان يقع غلط الكل في ذلك وتواطؤا في هذا الغلط بل لا شك ان الراوي الضعيف اذا كثر مجيء معنى ما رواه يكون مما اجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ان يكون اكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتقاده بما ذكرنا من الاية والحديث من الصحيح وحديث العضباء وكان قبل احرازهم بدار الحرب الا ترى الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه يفيد انها فعلت ذلك وهم في الطريق واما المعنى فما اشار اليه المصنف بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعني الاستيلاء الكائن بعد الاحراز في حالة البقاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على اموالهم فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى وهذا اي كونه مباحا اذ ذاك لان العصمة تثبت على منافاة الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا منه فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما ثبت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا وهو زوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز يكون تاما وهو الاقتدار على المحل حالا ومالا بالادخار الى وقت حاجته بخلاف اهل البغي اذا احرزنا اموالهم لا تزول ملاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم اجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذلك في المحظور لنفسه اما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك هو الثواب كما في الصلوة في الارض المغصوبة فما ظنك بالملك لدنيوي والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانها ليست مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز يزيل الملك على ما ذكرنا في الباغي واورد عليه ان العصمة اذا زالت بالاحراز بدارهم لا يكون الاستيلاء محظورا فيحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم يصر ملكا لهم واجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمقومة زالت لانها بالدار وتعقب بانه ان كان الملك الثابت لزوال المقومة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالمدار الاباحة وحدها ثم الوجه لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره وكونه كذلك لان الاستيلاء ان اريد به ابتداء الاخذ او ادخاله في دار الحرب يجب كونه محظورا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف هكذا اورد في الاصول على كون الغصب مفيدا الملك في ذلك اجيب بان المفيد له هو الضمان على ما في توجيه الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الاول سببا للملك ولا الادخال الى دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع سبب الاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع ان سبب الملك هنا محظور لنفسه او غيره بل هو امر مباح والسبب البعيد لا يؤثر في المسبب الاخر لانه مسبب في غيره على ما عرف من ان العلة البعيدة لا اثر لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب الحكم اصلا وقول بعضهم في التقرير لانه اي الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعده انقطعت العصمة فورد على مباح لكن المسلم تمه اذا لم يهاجر الينا يقتضي ان ماله مباح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير المقدار على الخلاف المتقدم وسيأتي انه ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لا نسلم انه محظور لانه ورد على مال مباح الخ قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء فان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه الصلوة والسلام فيه ان وجدته الخ وتقدم الكلام في الحديث ونظائره فان قيل اخذه قبل القسمة اذا كان حكما

قال فان اسروا عبداً فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى اخذ به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسداً والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبداً فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانية وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثانى بالثمن لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذه من الثانى بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمن فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثانى غائباً ليس للاول ان يأخذه اعتباراً بحال حضرته

لا زماً لحقيقة قيام ملكه اجيب بالمنع فان الواهب له ان يأخذها وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعاً وكذا الشفيع يقدم على المالك المشتري في الاخذ ولا ملك له اصلا ان في الشرع صور التقدم فيها غير المالك على المالك كما اريناك فلان يتقدم غير المالك او سلب وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لاحد في المغنوم قبل القسمة فهو بضرورة القوى اغرب بعيد فان الشركة اعلى في الحق دون المالك ثانياً هي شركة عامة في جنب ضرر كل واحد خفيفة كثيرة وصورة الشفيع شبيهة اخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه في اثبات ملك متقدم بازالة ملك موجود بالثمن دفعاً لضرر الجوار والخلطة مع دفع ضرر الملاك مال الآخر وغيبه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك ايل بعوض بقدره وهي المسئلة التى ذكرنا ها وبهذا الا ان الشارع لما لم يزل الملك لخاص لحادث للغازي في مقابلة عنا حصل له لا بمقابلة مال بذله الا بعد الانتظار وتخفيف الضرر عن الجانبين فلان لا يزيله بمنع ملك حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين اولى وان التاجر اشتراه بعوض يأخذه بالقيمة العرض ثم او لو ترك اخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار الحرب زماناً طويلاً فان له اخذه بعده في ظاهر الرواية وفي رواية سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة وانطاع بعد الاول وهو مسلم اخذه مالكه بالقيمة لانه ثبت له ملك خاص في مقابلة ما كالمال او انقل من السابعة اذا كانت الاولى المال ثابت معنى لان المكافاة مطلوبة والظاهر انها فلا يزال الا بالقيمة وقد منع هذا بالرجوع ولو كان ما اخذ الكفار من مال المسلم مثلياً كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شيء ولا يأخذه بعدها لانه لا فائدة فيه لان اخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان المثلي موهوباً من الكافر للموهوب له ليس فيه الا المثل وهو انه غير مفيد لما قلنا وكذا اذا كان الذى اخذه من الكفار مشتري بمثله قدراً ووصفاً ليس لصاحبه القديم ان يأخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدراً ووصفاً لانه لو اشتراه المشتري باقل قدراً منه او بجنسه لكن دون منه او احسن فان له ان يأخذه بمثل ما اعطى المشتري منه **فرع** اختلف المولى والمشتري منهم في قدر الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لانه انما يملك عليه ماله بالقرب هو به كالمشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا ان يقيم المالك البينة انه اشتراه باقل فيثبت ذلك **قوله** فان اسروا عبداً فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى اخذه به من العدو ولا يأخذ الارش لان ملكه فيه صحيح لانه اخذه بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشتري شراء فاسداً على ما سنذكر فلو اخذه اى الارش اخذه بمثله دراهم او دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو بزيادة او نقصان ولو كانت امة فباعها الغانم بالف فولدت في يد المشتري وماتت فاراد المالك اخذ الولد فعند ابي يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته منها ولا يحط شيء من الثمن بالنقص من عينه لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن مع العين كالوصف لانه يحصل بها وصف الاعتبار وقد فات في ملك صحيح فلا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بفواتها شيء منه وانما لم يقابل شيء من الثمن الوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شيء من الثمن ولهذا لو ظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيئاً بمقابلته ولو اشترى عبداً فذهبت يده او عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن والعقر كالارش وقد استشكل بان الوصف انما يقابله شيء من الثمن اذا لم يصر مقصوداً بالتناول اما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبداً ففقأ عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت في يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا في الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع بفعل قصدي قوبل بحصة الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كان جفت شجر البستان ونحوه لا يقابله شيء من الثمن بهذا ورد على اطلاقه قوله بخلاف الشفعة لان في كل في القصدى الفى غيره فالشفعة كالمسئلة التى نحن فيها سواء واجيب بان الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصوداً بالتناول في الملك الفاسد موضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لا مبنية على الامانة والشبهة حكم الحقيقة فيها والشفعة الملك للمشتري كالقا

ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء لجنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة رحمه الله يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

من حيث وجوب تحويله إليه أما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لأن الأوصاف تضمن فيه أي في البيع الفاسد لأنه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالحاصل على تقوم الصفات هو الغصب إنما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك مبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد مثله في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير أن الشرع أهدر تراضيهما في حق الحل طلب رد كل منهما بدل الآخر وفي الكافي قوله لأن الأخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس نظرا وهو قوله إن شاء أخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه شيء ولو انتقى عينا وجنى الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الأول أخذه من الفاقئ بالقيمة أعمى عند أبي حنيفة وقالا بالقيمة سليما وهي التي أعطاها الفاقئ للمولى لهما أنه فوت وصف فلا يسقط شيء من ثمنه وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات الكل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الأم ... لمسئلة البائع بل الأوجه أن الغرض أن فوات الطرف بالفعل الذي أخذه فكان كما لو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بنقصه بخلاف مسائل الكتاب لأن الفاقئ غيره بغير رضاه قوله أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون فوقعت في سهم غانم فباعها بألف فولدت في يد المشتري فماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بالألف وعند محمد بحصته من الألف وذلك بأن يقسم الألف على قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ فما أصاب كلا فهو حصته قوله وإن أسر الكفار عبد المسلم فاشتراه رجل منهم بألف فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف فليس للمولى الأول وهو المأسور منه أولا أن يأخذه من الثاني وكذا لو كان الثاني غائبا كما سنذكره لأن الأسر ما ورد على ملكه بل على الثاني فإنما ثبت حق أخذه للمشتري الأول حتى لو أبى أن يأخذه لم يلزم المشتري الثاني إعطاؤه للمولى الأول ولو كان المشتري الأول وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بالقيمة كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم إذا أخذه المشتري الأول من المشتري الثاني بألف فأراد المولى الأول أن يأخذه من المشتري الأول أخذه بالفين لأنه قام عليه بذلك هو وإن تعذر بذلك ففي مقابلة العبد الذي عوضه بخلاف ما لو أخذه بالف فإنه يفوت الألف الأخرى على المشتري الأول بلا عوض أصلا فرع لو باع المشتري من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به إن مثليا فبمثله أو قيميا بأن كان اشتراه مقايضة فبقيمته لأن المشتري الثاني قائم مقام المشتري الأول وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الأول بالثمن الأول لا في رواية ابن سماعة عن محمد فظاهر الرواية الأول قال وجه في المبسوط وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل أن يبيعه لم يكن للقديم أن يأخذه قوله ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة الكائنة بالإحراز بدارهم مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتبينا ولا أحرارنا ونملك نحن عليهم جميع ذلك لأن السبب هو الاستيلاء التام إنما يفيد الحكم وهو الملك إذا ورد عليه في محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم لا تثبت الحرية فيهم من وجه والإسلام بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم بالكفر ولا جناية من هؤلاء ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوض الإمام من وقع في قسمته من بيت المال قيمته ولو اشتراه تاجر منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله فإن أبق عبد لمسلم أو ذمي وهو مسلم ودخل عليهم دار الحرب فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه وبه قال مالك بعد تحقق الاستيلاء على مال قابل للملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا لسقوط عصمته لأنها لحق المالك فقد زالت وصار كما لو ندت البهيمة أي شردت من باب ضرب لأن مصدره ندود وكما جاز على هذا القياس وكما لو أخذوا العبد الآبق أو غيره

وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه وإن ندّ بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء لما بينا فإن أبق عبد إليهم وذهب بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه إلى دار الإسلام فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولأبي حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب

من دارنا إذا أحرزوه وحيث يملكونه كذا هذا ولأبي حنيفة أن العبد ظهرت يده على نفسه وهذا لأنه آدمي مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لأنه صار مقبوضا بمجرد عقده وإنما سقط اعتبار يده لتتحقق يد المولى عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه سابقة على يد أهل الحرب لأن أخذهم إياه لا بد أن يتراخى لحظة عن دخوله وإذا سبقت يده يدهم صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الآبق المتردد في دارنا إذا أخذوه لأن يد المولى قائمة عليه ما دام في دار الإسلام حكما لقيام يد أهل الدار فيمكنه الاستعانة على وجوده والاقتدار باق فمنع ظهور يده على نفسه ولا كذلك المأذون في الدخول لأن دخوله بإذنه وهو على عزم العود إليه وبخلاف الدابة التي ندت فإنه لا يد لها على نفسها والضمير في قول المص لأن سقوط اعتباره للسيد وكان الواجب أن يقول اعتبارها لأن اليد مؤنثة وقد يقال على الظهور أي سقوط اعتبار يده ولو كان العبد كافرا فإن كان مرتدا ملكوه وإن كان كافرا أصليا فهو ذمي تبعا لمولاه وإذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوبا لمن الذي أخرجه إلى دار الإسلام أو مشترى منهم أو مغنوما قبل القسمة وبعدها إلا أنه إذا أخذه بعد القسمة يؤدي الإمام عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وتفرق المال في أيديهم وأيدي غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم إلا أنه لو فضل من الغنيمة شيء بعد قسمته كاللؤلؤة توضع في بيت المال فإذا لحق غرامة كان فيه ولا شيء على المشتري شيئا إذا كان اشتراه لغير إذن المولى فإن اشتراه بإذنه رجع عليه بما اشتراه وعندهما يأخذه بالثمن في المشترى وبالقيمة في الموهوب كما في المأسور غير الآبق وإنما قيدنا أول المسألة بكون العبد مسلما لأنه لو ارتد فأبق إليهم فأخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الأصل فهو ذمي تبعا لمولاه وفي العبد إذا أبق قولان ذكره في طريقة مجد الأئمة قوله وليس له أي الغازي أو التاجر جعل الآبق لاستحقاقه إذا أخذه بيده فيكون عاملا له وهنا إنما هو عامل لنفسه قوله وإن ندّ بعير إليهم فأخذوه ملكوه وجه تفريع على ملكهم إياه أنه لو اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فإنما يأخذه مالكه بالثمن إن شاء قوله فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والمتاع والفرس بالثمن عند أبي حنيفة وعندهما يأخذ العبد أيضا بالثمن إن شاء وهذه تفرعة على ملكهم العبد الآبق إليهم عندهما دونه وأورد عليه ينبغي أن يأخذ الكل بلا شيء لأن العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهر على ما في يده لأنه مال مباح فيمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه أجيب بأن غايته أنه صار له يد بلا ملك لأن الرق ينافيه فيبقى في يده كما لو كان مملوكا للمناسب فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لأن الغرض أن سبق اليد يمنع استيلاءهم عليه فإنما يملكون المال بإباحته وإنما يكون مباحا إذا لم يكن عليه يد لأحد والأملك العبد الغرض أن هذا المال عليه يد فيدفع الاستيلاء الموجب لإخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم وأجيب أيضا بأن يده ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بأن استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار قوله وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لأن الإزالة كانت متعينة حال كونه في دار الإسلام بطريق معين وهو البيع فإنه إذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على إخراجه عن ملكه بالبيع فإن فعل وإلا باعه القاضي عليه ودفع ثمنه إليه وقد تعذر الجبر عليه فبقي عبدا في يده ولأن الإحراز بدار الحرب سبب لثبوت الملك لهم فيما لم يكن مملوكا لهم فإنهم إذا أخذوا عبدا مسلما من دار الإسلام ملكوه فاستحال أن يزيل ملكه الثابت له قبل الإحراز حالة الإحراز ولأبي حنيفة أن الجبر على البيع في دار الإسلام ما كان إلا لوجوب تخليص المسلم عن ذل الكافر فهو الواجب بالذات أصالة ووجوب الجبر على البيع ليتوصل إليه بخيرته تعيين إخراجه بعوض لتعيين بيعا نظرا للجانبين قيام أمانة تحرزا عن الغدر بأخذ ماله ونواه ولا … عليه فإذا زال أمانه وسقطت

وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيدا من
عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغما لمولاه أو بالتحاقه
بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى

عصمته بالموجود في دار الحرب يجب تخليص بالإعتاق عليه غير أن إعتاق القاضي قد تعذر لحلوله في دار الحرب إذ لا ينفذ قضاؤه وعلى من ثمة فيقيم شرط زوال العصمة
ما هو منزول في دار الحرب مقام علة هي قد وهو إعتاق القاضي كما أقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي بعد عرض الإسلام على الآخر وإباءه فيما
إذا أسلمت المرأة في دار الحرب بخلاف ما إذا لم يملكه في دار الإسلام لأن للمولى حق استرداده فلو أعتقناه على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه
إلى رقبته بخلاف ذلك ما تقدم للمتفق عن علته وقول الأئمة فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب ليس بجيد لأنه إذا أسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف إذا
أسلم عبد الحربي ولم يهرب إلى دار الإسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لأن العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص
وقد وجد إذ زال قهره إلى المشتري فصار كما لو كان في يده وله أن قهره زال حقيقة بالبيع ولأن إسلامه يوجب إزالة قهره إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة
فأقيم ما له أثر في زوال الملك مقام الإزالة وهو البيع قوله وإذا أسلم عبد الحربي ثم خرج إلينا أو أسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار فهو حر وكذا إذا خرج عبيد إلى عسكر
المسلمين مسلمين ولم يعلم فيه خلاف بين أهل العلم لما روى أبو داود بسنده إلى علي رضي الله عنه قال خرج عبدان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل لأنه
الصلح فكتب مواليهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم
عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه أحاديث قدمناها منها إسلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكرة والمنبعث اليهم
مقدم في كتاب العتق فليرجع إليها فهذا دليل عتقهم إذا خرجوا إلى المسلمين وأما عتقهم إذا ظهرنا على الدار بعد إسلامهم فلأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج إليهم في
منعتهم وقوله واعتبار يده إلخ جواب عن مقدر وهو أنه لم يعتق بمجرد إسلامه في دار الحرب اتفاقا وإنما الخلاف فيما إذا عرض للبيع فباعه فقد وردت يد الغانمين
على مال مباح لأن الإسلام لا ينافي استرقاقهم أجاب بأن للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وإنما لم يظهر لحق المولى المتمكن من الانتفاع ثم هي أسبق من يد المسلمين
ما في المولى الكافر فيستحق الحكم السابق تخليصا للمسلم من إذلال الكافر لأن بمجرد وصل إلينا يكفي ما لم يتأكد إذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغانمين سببه بعتقه
المؤكدة لها فيعتق بها ولو أسلم العبد ولم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق إلى أن يشتريه مسلم أو ذمي فيعتق قال في شرح الطحاوي بعتقه ولا يثبت
ولاء أي ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلما لأحد لأن هذا عتق حكمي وإن لم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار لم يعتق إلا إذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر
يعتق العبد قبل المشتري العبد أو لم يقبل لأن العبد استحق حق الإعتاق بالإسلام لكنا نحتاج إلى سبب آخر يزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه وقيد
المراغمة يحترز به عما لو خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجة فإنه إذا خرج كذلك فأسلم في دارنا حكمه أن يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لأنه لما دخل بأمان صارت
رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وبما معه من المال فروع ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعا فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة
والسلام من أسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لأن حق ولي الجناية في الرقبة ولا يبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة
لا يبقى فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل وأصابه المسلمون في الغنيمة فأخذه المولى
فكل من الجناية والدين عليه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لأن المستحق به
نفسه فلا يبطل بزوال ملك المولى كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى
نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لأنه لم يبق قابلا للنقل من ملك إلى ملك ولأن ولاء لزم المعتق على وجه لا سبيل إلى إبطاله ولو كانت أمة فتزوجها
فولدت من الزوج بلا عتق للقديم أن يأخذها وولدها لأنها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الأخذ

باب المستأمن

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دمائهم لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعا فإن غدر بهم أعني التاجر فأخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب

بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لأنه حق ضعيف في العين ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله إلى الولد وإن كان جزءا فتفوت المال هو محل آخر بخلاف حق المرتهن قوي لا يبطل ببيعه وهبته فيسري إلى الولد وليس له فسخ النكاح لأنه تمكن من الأخذ بلا فسخ النكاح الزم من سائر التصرفات فلا يمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرش جناية عليها وعلى ولدها وجبا للمشتري قبل أن يأخذها المولى وثبوت حق أخذه لا يمنع وطء المالك ولو أسروا جارية مرهونة بألف وهي قيمتها واشتراها رجل بألف أخذها مولاها الراهن بما يلزم بحق رهنا دينها ثاوية في حق المرتهن فهو كالمجيز للملك الأول بأخذها المرتهن إلا أن يرد على الراهن الألف وإن كان الثمن أقل من الألف كان للمرتهن أن يؤدي ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لأنه متبرع بما أداه على ما أخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا إذا صار ذميا وكذا إذا باعه من حربي آخر أو خرج إلينا بأمان وذلك المال لا سبيل عليه إلا أنه إذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لأنه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من إعادته إلى دار الحرب وإذا أسروا أمة أو جارية وديعة عند رجل أو عارية أو إجارة فحق الأخذ إذا أخرجت بشراء أو غنيمة للمالك لأن ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد لأن كلا منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الإحراز بدار الحرب وإن كانت متزوجة لا يبطل النكاح لأن غاية إحرازها توجب أن يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما والمسلمة في دار الإسلام حكما وإن كانت في دار الحرب حقيقة

باب المستأمن أخره عن الاستيلاء لأن الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فأورده كذلك وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر

قوله وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم لأنه بالاستئمان ضمن لهم أن لا يتعرض لهم فإخلافه غدر والغدر حرام بالإجماع وفي سنن أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلاة والسلام لأمراء الجيش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا في وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من أهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا أن نشتري من الطائفة الغالبة شيئا من الأموال التي غنموها لأنهم لم يملكوها لعدم الإحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فإنه يحل لنا الشراء والشرط الإحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فأقول يشترط أن يحرزها الغالبون بدارهم إن كانوا لا يدينون أن من قهر آخر في نفسه أو ماله ملكه وإن كانوا يدينون فلا فإنهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بأمان فجاء رجل بامرأة أو ابنه أو أم ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فأكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي إن كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منه والعامة يقولون إن كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهؤلاء أحرار لا يملكه مولاه ولا يعتقون عليه فيتميزون عن الأحرار فيمتنع بيعهم ولو جاء ببعض أحرارهم قالوا إن كانوا يدينون أن من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه ولا يخفى أن هذا ليس فيه إحراز بدار أخرى غير دار المقهور وقوله إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم إلخ استثناء من قوله لا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الأسير المسلم أيضا وقد صرح به حيث قال فيباح له التعرض وإن أطلقوه وتركوه في دارهم طوعا أو اعتقدوه لأنه ليس بمستأمن ووثوقهم لا عبرة به لأنهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا لا خبث فيه فإن غدر بهم التاجر فأخذ شيئا وأخرجه إلى دار الإسلام ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح عند عدم الإحراز إلا أنه بسبب محرم فأورث خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وإنما يملك مع حرمته مباشرته بسبب الملك

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لأن الخبث لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك كما في البيع الفاسد وقوله على ما بيناه يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فإن حرمة وطئها على المشتري خاصة ويحل للمشتري منه لأن المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وبيع المشتري يقطع حقه ذلك لأنه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالأول فيها ولو سبا قوم أهل الدار التي هو فيها جاز له أن يشتري منهم من السبايا لأنهم ملكوها بالإحراز إذ كانوا على أصل الإباحة في حقه وإنما منعه الغدر وليس ذلك غدرا **فرع نفيس في المبسوط** لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار إلا إن خاف على نفسه لأن القتال لما كان تعريضا للنفس على الهلاك لا يحل إلا لذلك أو لإعلاء كلمة الله وهو إذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء إلا إعلاء للكفر ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فمروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم إذا كانوا يقدرون عليه لأنهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الأموال لأنهم ملكوها بالإحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لأموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لأنهم مسلمون **ومن فروعه** لو تزوج في دار الحرب منهم ثم أخرجها إلى دار الإسلام قهرا ينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وإن طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لأنه لم يملكها وعلم أنهم أخذوا في تصويرها ما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فإنه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء وأدى أو فأعطى مهرها ينبغي أن لا يملكها **قوله فإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه مالا** ثم خرج المسلم إلينا واستأمن الحربي فخرج إلينا مستأمنا أيضا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة على واحد منهما ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم أحكام الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم في المستقبل ولكن يفتى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف يقضى على المسلم وعدم القضاء كذا في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد واستشكل قولهما بأن المسلم [illegible] أحكام الإسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبي حنيفة اعتبر ولاية كل منهما عند القضاء هو أيضا مما يحتاج إلى موجب وأجاب في الكافي بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بوجوب بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك والإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وأما أنه لا يقضى بالغصب لكل منهما فلأنه صار ملكا للذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو مسلما مستأمنا على ما بينا أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن نعرض أن كلا منهما خرج إلى دار الإسلام في غصب المسلم إذا دخل واحد واثنان بغير ... دار الحرب الخ إلا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد إفتاء لا قضاء ليرتفع معصية الغدر وفي كلام المصنف إشارة إليه كما ترى وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك أي أدان أحدهما صاحبه أو غصبه ثم خرجا إلينا مستأمنين لما قلنا فإن خرجا مسلمين وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب أما القضاء بالمداينة أي بالدين فلأنها حين وقعت وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما بأحكام الإسلام ولا ترجيح لأحدهما على

فان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا
اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة
من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا يغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت
ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام
ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام
من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين
فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذا
مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده **قال** وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال
يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا
بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف
الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس

لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن ابي يوسف وظاهر قول ابي يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل ان يؤخذ فعند ابي حنيفة يؤخذ وهو
فيء للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى حتى يخرج **قوله فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع**
عليه الخراج صار ذميا وكذا لو اشترى عشرية فانها تستمر عشرية على قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول ابي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه
جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت احكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم
وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا اتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما
يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام الجمة التي نبه عليها المص والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزامه له
واخذه منه عند حلول وقته وهو بمباشرة السبب وهو زراعتها او تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه او زراعتها بالاجارة وهي في ملك غيره
اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الارض التي استأجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذميا
اذا حل وقت الاخذ يعتبر من الاخذ منه وكذا اذا اخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض
الخراج ونحوه لان الامام قط لا يقول في كل قطعة ارض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة الاراضي المعلومة استمر على كل من صارت
اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز ان اشتراها للتجارة ولا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول بذلك احتمال اما
باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها او زراعتها **قوله واذا دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية** فحتى تزوجها
مسلما اولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال وبالائمة الثلاثة في الحربية ايضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق
بان تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فان في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فانها حين اقدمت عليه كانت ملتزمة ما يأتي منه ومنه عدم اطلاقها
ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على ارضها ونحو ذلك **قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك**
وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الاسلام من ماله ما دام حيا فان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير
ان يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام مشمول باماننا ما دام في دارنا وبه قال الشافعي واحمد فان قيل ينبغي ان يصير فيئا كما اذا اسلم الحربي
في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم يكون فيئا لانه تكون يد المودع كيده في دار الاسلام اجيب بالفرق بان ما في دار الحرب
معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما في دار الاسلام يثبت في كل وجه فيبقى الى ان يثبت
المزيل وهو ان يصير نفسه مغنوما وذلك بان يؤسر او يظهر على داره فيقتل فحينئذ تصير الوديعة فيئا لعامة المسلمين توضع في بيت المال لانها في يده
تقديرا فاذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لانها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انها يختص بها المودع لما ذكره المص في الدين واما الدين فيسقط عمن في ذمته لان ثبوت يده عليه تقدير اذ قد صار ملكا للمديون وانما هي ثابتة باعتبار
ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين اذا حققت هذا ظهر لك ان اختصاص المديون به ضروري غير محتاج الى تعليله بان سبقت يده
اليه **قوله وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال** اي ما اعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والايجاف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل يقال
وجف البعير وجفا ووجيفا واوجفته اذا حملته على الوجيف يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكرى الانهار العظام

واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فهو كله فيء اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما الاولاد الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رح تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها

التي لا ملك لاحد فيها كسيحون والفرات ودجلة والى ارزاق القضاة والمحتسبين والعاملين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا تخمس به ولا شيء منه لاهل الخمس قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما وفي بعض النسخ فيها اي الارض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال اجلا السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة اي اخرجهم فجلوا اي خرجوا واجلا القوم ايضا خرجوا فكل من ذلك بالهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعي ان كل مال اخذ من الكفار بلا قتال عن خوف او اهدوه لنا فقد تخمس وما اخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي الجديد يخمس ولا صدق في النفي روايتان الظاهر منهما لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف الى ما يصرف اليه خمس الغنيمة عنده على ما مر وذكروا ان قوله في الجزية خالف الاجماع قال الكرخي ما قال به احد قبله ولا بعده ولا في عصره وجه قوله القياس على الغنيمة تماما ولنا انه مال ماخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المص بفعله عليه الصلوة والسلام فانه اخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على اهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل قط من ذلك انه خمس بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما اقتضت به العادة ومخالفة ما اقتضت به العادة باطل ونقول ما وقع في قطع خلافه وان كان فيه ضعف اخرجه ابو داود عن ابن عدي بن عدي الكندي ان عمر بن عبد العزيز كتب الى من سأله عن مواضع الفيء انه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاعطية وعقد لاهل الاديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم واما ما في السنن عن عمر رض كانت اموال بني النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على اهل بيته سنة فما بقي جعل في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله ومعناه ان التصرف فيها كان اليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا فان مصالح بيت المال اذ ذاك لم يكن اكثر من نفقة الائمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح وهو نفقته عليه الصلوة والسلام اذ لم يكن اذ ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر وانما نفقة الفقراء المهاجرين فقطع بانه كان يفعل ما تقتضت اليه في قدرته عليه اما القياس ففي تقرير المص دفعه وهو قوله ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك لمن باشر الغانمين تحصيلا فاستحق الخمس بمعنى

استحق الباقي للغانمين بمعنى بذلوه وجهه وهو ما ذكرنا من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن لهم خاصة مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا اي في دار الاسلام ثم ظهر على الدار فهو كله فيء وذلك ظاهر اما المرأة والاولاد الكبار فانهم حربيون وليسوا باتباع الذي خرج لانهم كبار وكذا ما في بطنها لو كانت حاملا يكون فيئا موقوفا لما قلنا في باب قسمة الغنائم من انه جزء منها واما الاولاد الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك فكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه بالاسلام باختلاف الدارين فبقي الكل فيئا فاما اذا اسلم في دار الحرب ثم جاء الينا فظهر على الدار وبقي الصورة بحالها فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم ولو كان في بلدة اخرى غير البلدة التي هم فيها اذ الدار واحدة وما كان له من مال اودعه مسلما او ذميا فهو سالم له لانه في يد محترمة ويده كيده لانه نائب عنه في الحفظ بخلاف ما لو كان في يدهما غصبا فانه يكون فيئا لعدم النيابة وعند ابي يوسف ومحمد يجب ان لا يكون فيئا الا ما كان من غصب عند حربي وهو قول الائمة الثلاثة وتقدمت المسئلتان مع آخرين في باب الغنائم مستوفى قوله واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك لاستيفاء القصاص والدية فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد وهو قول مالك لانه اراق دما معصوما بالاسلام لكون الاسلام مستحقا للكرامة وهذا

ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

وان العصمة اصلها العصمة المؤثمة لحصول الزجر بها اي بالعصمة ولو قال به اي بالاثم كان احسن والعصمة المقومة كمال فيها اي في اصل العصمة لكمال الامتناع به اي بالتقوم على المنتهك لها فتتعلق هذه العصمة بما علق به الاصل اعني المؤثمة وقال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فتنصرف العصمة الى الكمال فيهما وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه في القتل الخطأ والسياق على منع القصاص في العمد اكتفينا بما ذكره في المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى افاض في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان اي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف انه تمام الموجب فانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال يوجب كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بيانا لموجبه بل لبعض موجبه وزاد المصنف وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء فان الفاء للجزاء والجزاء اسم للكافي يقال جزا فلان اي كفى وهو سهو لان لفظ الجزاء المحمول معنى الفاء لفظ اصطلاحي اي جعلي لا لغوي وضعت لفظ الفاء للمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء هو الكافي بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء اي دالة على ان ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتامل ولان العصمة المؤثمة في الاصل بالآدمية لا بوصف الاسلام لانه خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها لا يمكن الا مع حرمة التعرض له وانما تعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس لان التقوم يؤذن بجبر الفائت ومن شرطه التماثل وهو في المال لا النفوس وكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة في الاموال في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر فاوجب ابطالها فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأمن اذا قتل في دارنا دية اجاب بانهما من اهل الحرب حكما لقصد الانتقال اليها فلم يجب شيء واما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا مني دماءهم فنقول لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا فقد قال عليه الصلاة والسلام الا بحقها ومن حقها ان يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو الا ان هذا لا ينتهض في الاسير المسلم قوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل دار الاسلام بامان فاسلم ثم قتله خطأ فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة بالاسلام ومراده خطأ ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له بالعرض لان المأخوذ مملكته بل يوضع في بيت المال وان كان قتل المسلم الذي لا ولي له والمستأمن الذي اسلم ولم يسلم معه وارث قصدا او لا تبعا بان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية منه بطريق الصلح لا الجبر لان موجب العمد عندنا القصاص عينا الا ان يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت انفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة اخرى هو ان ينزجر امثاله عن قتل المسلمين غيره بما هو انفع في رانه وما ذكرنا انهم ان الاولى ان يقول وهذا لان الدية قد يكون انفع والا كان يتعين الصلح منه عليها واما ان يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كما في قبلها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا اقتله لانه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان من رشدة وكالام ان كان ابن زنا فاشتبه من له القصاص فلا يستوفى

باب العشر والخراج

١٩٠ قال أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من
العلث إلى عبادان لأن النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في
سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام قال
وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة و
قسمت بين الغانمين فهي أرض عشر لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل أرض فتحت
عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فإن رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج

كالمكاتب الذي يقتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء ولهما أنه لا يعلم سبق الولاء في مظنته واحتمال كونه له في نفس الأمر لا يفيد إذ لا ينتفع به فكان وجوده
وعدمه في نفس الأمر سواء لأنه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى

باب العشر والخراج لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما يتوجه من الوظائف المالية إذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه وفي تقابلها
كنّى فأوردهما في باب وقدم خراج الأرض لأن الكلام فيه كان بقرب قريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميما لوظيفة الأرض لأنها السبب في الخراج والعشر جميعا
وقدم ذكر العشر لأن فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الأرض أو نماء الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة
الأرض والرأس وحد الأراضي العشرية والخراجية أولا لأنه أضبط فقال أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب وهو ماء لتميم وذكر ضمير الأرض على تأويل
ما هو لفظ ما في قوله ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن وفي بعض النسخ وهو على الظاهر وحجر بفتح الجيم وإسكانها خطأ لأن أبا يوسف قال حد أرض العرب
ما وراء حد الكوفة إلى أقصى صخر باليمن فعرف أنه حجر بالفتح والمراد إلى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة في آخر موضع من اليمن وقولهم
من أول عذيب القادسية إلى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة هذا طولها وعرضها من رمل يبرين الدهناء ويعرف برمل عالج إلى مشارف
الشام أي قراها وقد يعبر بمنقطع السماوة قال الكرخي وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز وجزيرة العرب سمي جزيرة لأن بحر
الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وسمي حجازا لأنه حجز بين تهامة ونجد والسواد أي سواد العراق أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره وحده من
العذيب إلى عقبة حلوان عرضا ومن العلث إلى عبادان طولا ويقال من الثعلبية إلى عبادان قيل هو غلط لأن الثعلبية بعد العذيب بكثير إذ آخر
هذا أرض العرب كلها عشرية لأنه عليه السلام والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولو فعلوه لنقلت العادة نقله ولو بطريق ضعيف
فلما لم ينقل دل عقلا والعادة على أنه لم يقع ولأن شرط الخراج أن يقر أهلها عليها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم إلا الإسلام والقتل
ولأنه كما لا رق على العرب فكذا لا خراج على أرضهم وسواد العراق المحدود المذكور خراجي لأن عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر
معين وإنما يحتاج إلى ذلك في تقدير الموضوع وقوله ووضع على مصر إلخ أسند الواقدي إلى شيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة و
استباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وأسند
أيضا إلى عمرو بن الحارث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها إلى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج إليه وقد استبطأه عمر في الخراج
سنة فكتب بكتاب يلومه فيه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكره بعض الشارحين من أن مصر فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي عمرو بن العاص
وأما وضع الخراج على أرض الشام فمعروف قيل ومدينة الشام فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل
بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجنادين صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وفي دال أجنادين الفتح في المشهور
والكسر قوله وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يثبت أهلها
عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقد بيناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي
وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات قوله وكل أرض أسلم أهلها عليها أي أحرزوا أملاكهم فيها أو فتحت عنوة و
قسمها بين الغانمين فهي عشرية لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة ولأنه أخف حيث

وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج **قال** ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف رحمه الله معتبرة بحيزها فإن كانت من حيز أرض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم لأن حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج إلا أن الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم وقال محمد رحمه الله إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة والفرات والأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية وكذا إن أحياها بماء السماء وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء إذ هو السبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامه

يتعلق الواجب بنفس الخارج فلا يؤخذ ما لم يكن خارجا فهو أليق بالمسلم وكل أرض فتحت عنوة وأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لأن فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وإن لم يزرع وفيه نظر نذكره في آخر الفصل إن شاء الله تعالى ومكة مخصوصة من هذا العموم فإنها فتحت عنوة على ما أسلفناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه أنها فتحت عنوة ولم يوظف عليها خراجا ولنخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم أخرج مسلم عن أبي هريرة أنه ذكر فتح مكة فقال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير على إحدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الأخرى وبعث أبا عبيدة على الحسر فأخذوا بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبة قال فنظر إلي فقال يا أبا هريرة قلت لبيك يا رسول الله فقال اهتف لي بالأنصار ولا يأتيني إلا أنصاري فهتف بهم فجاءوا فأطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم ووبشت قريش أوباشها فقال لهم أترون إلى أوباش قريش وأتباعهم ثم قال بيديه فضرب إحداهما على الأخرى ثم قال احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال أبو هريرة فانطلقنا فما شاء أحد منا أن يقتل ما شاء منهم إلا قتله الحديث بطوله فانضم هذا إلى ما هناك وقد ذكر الفقيه ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر أن الأهواز وفارس ... فتحت عنوة لعمر رضي الله عنه على يدي أبي موسى و عثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان وكانت أصبهان على يدي أبي موسى خاصة وأما خراسان ومرو فتحتا صلحا في خلافة عثمان على يدي عبد الله بن عامر بن كريز وأما ما وراء النهر فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك على يدي المهلب بن أبي صفرة وقتيبة بن مسلم وأما الري فافتتحها أبو موسى في خلافة عثمان صلحا وفي ولايته فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة وأما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحهما عبد الله بن عباس في خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن وأما الجزيرة ففتحت صلحا على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة وأما هجر فأدوا الجزية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل وأما اليمامة فافتتحها أبو بكر رضي الله عنه وأما السند فافتتحها قاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين **قوله وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار الخ** وقد علم من عادة المصنف أنه إذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع أو زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري وفي الجامع الصغير الخ وهنا المخالفة ظاهرة فإن قول القدوري كل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج مطلق فهو أعم من أن يصل إليها ماء الأنهار أو لا يصل بأن استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بأن يصل إليها ماء الأنهار ونحن نقطع أن الأرض التي أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن إلا خراجية لأن أهلها كفار والكفار لو انتقلت إليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد إذا انتقلت إليه كذلك أما في الابتداء فهو أيضا يمنعه والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية فإنه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال كل أرض فتحت عنوة بالقتال فصارت أرض خراج وكل أرض يصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج وكل أرض لا يصل إليها ماء الأنهار فاستخرج فيها عين فهي أرض عشر والأرض التي أسلم أهلها عليها فهي أرض عشر فقوله وكل شيء يصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج عطف على كل أرض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج وكل أرض لم تفتح عنوة ووصفها أنها يصل إليها ماء الأنهار

قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حُنيف حتى يمسح سوادِ العراق وجَعَلَ حُذيفة مُشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب

فهي ارض خراج وحاصله تقسيم ارض الخراج الى ما فتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار ثم يجب تقييد الاول بان يقر اهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوم اذ لا يبتدئ المسلم في اول الفتح قطعا بتوظيف الخراج في الاراضي المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية ما لم تكن الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التي فتحت عنوة ان اقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التي احياها ذمي فان التي فتحت عنوة مما يبتدئ فيها التوظيف غير المقسومة والمقر اهلها عليها ليس الا الموات التي احييت وتيسير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج اذا اقر اهلها عليها وكل ارض لم تفتح عنوة بل احياها مسلم ان كان صفتها انها تسقى من الماء ماء الانهار فهي خراجية او ماء عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول ابي حنيفة ولو شرح كذا استغنى بها عن ذكر المسألة التي تليه فانها هي وحاصلها ان محمدا قال فيمن احيا ارضا ميتة ببئر حفرها او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات وباقي الانهار العظام التي لا يملكها احد او بالمطر فهي عشرية وان احياها بماء الانهار التي حفرتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهي خراجية لان الاعتبار في مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر ما يسقى لان السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فيصير خراجية عليه وعند ابي يوسف يعتبر بحيزها اي بما يقرب منها فان كانت من حيز اراضي الخراج اي بقربه فخراجية او ارض العشر فعشرية لان القرب من اسباب الترجيح فيترجح كونها خراجية بالقرب من ارض الخراج وعشرية كذلك واصله فنية الدور اعطي له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها فهو غير مملوك له ومن اجل ان له حق الانتفاع لو قال للمستأجر للاجير هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفر فحفر فلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لان كونه فناء بمنزلة ان ملكه كما في اطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحطب وربط الدابة غير ان ابا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فانها عشرية عنده وان كانت من حيز ارض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره ابو عبيد فبالاجماع ترك القياس فيها كذلك هذا وقد ظهر من قوله ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الخ ان المراد بموضوع المسألة اعني قوله ومن احيا ارضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك حتى لو احياها ذمي كانت خراجية سواء احياها عند محمد بماء السماء او نحوه اولا وسواء كانت عند ابي يوسف من حيز ارض الخراج او العشر وظهر منه ايضا ان كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لان الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فاذا سقى بمائهم وجب فيه **قوله والخراج الذي**

وظفه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ثمانية ارطال خلافا لابي يوسف ثم نص على الصاع ابو يوسف ومحمد فقال ابو يوسف حدثني السري عن الشعبي عن عمر بن الخطاب فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء عملت او لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من ارض الخراج من عامر او غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة يزرع ذلك صاحبه في السنة مرة او مرارا او لم يزرعه كله سواء وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج هو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة او شعيرا او سمسما او ذرة قاله الطحاوي والحسن والدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست قبضات وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله يقتضي ان الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه ان يتحد الواجب هو قفيز ودرهم مع اختلاف

ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها

المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها وأما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شيء فيه من الخارج وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه وقيل بالاتصال لأنها لو كانت متفرقة في جوانب الأرض ووسطها مزروعة لا شيء فيها بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه على باقي الزرع وكذا لو غرس أشجارا غير مثمرة ولو كانت الأشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم كذا في الذخيرة وفي شرح الطحاوي لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها الى أن يطعم فاذا أطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان أقل فعليه نصف الخارج الى أن ينقص عن قفيز ودرهم فان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الأرض الى أن يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه في ذلك فقال انه بعث عثمان بن حنيف حتى مسح سواد العراق وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن أبي طالب رضي الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والأنصار وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا وقول شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا أي وضع الخراج ولا يخفى ان مرجع اسم الاشارة ست وثلاثون ألف ألف أي وضع على الجربان المقادير التي ذكرنا فلا سهو ينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية أبي يوسف به وهو منقطع لأن الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم ان الرواية عن عمر رضي الله عنه اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغه الماء عامر أو غامر درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وعلى الرطاب على كل جريب خمسة دراهم ولم يضع على النخل شيئا جعله تبعا للأرض وحدثنا أبو أسامة عن قتادة عن أبي مجلز قال بعث عمر رضي الله عنه عثمان بن حنيف على مساحة الأرض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر أربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال أبو عبيدة في كتاب الأموال حدثنا هشيم بن بشير أنبأنا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون السواد فساق الحديث بطوله الى أن قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر أربعة دراهم وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال وأخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رأيت ما هنا من الاختلاف ومالك يعتبر اجارة الامام لأنها وقفت على المسلمين عنده فيفوض الى اجارته كما هو الرسم الآن في أراضي مصر فان المأخوذ الآن اجارة لا خراج ألا ترى ان الأراضي ليست مملوكة للزراعة وهذا بعد ما قلنا ان أرض مصر خراجية والله أعلم لأنه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير اخلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبني على هذا انه لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لأن نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة لعدم وجود ما ينفقه سواه وكذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان الأشرف برسباي لأرض من وكيل بيت المال انه لا يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك وأحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة أو شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر رضي الله عنه صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها أقل وبعضها أكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية وما قلنا أشهر رواية وأرفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة لأنه يبقى على الأبد بلا مؤنة وأكثرها ريعا والمزارع أقلها ريعا وأكثرها مؤنة لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحرث والحصاد والدياس والتذرية في كل عام والرطاب بينهما لأنها لا تدوم دوام

ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه على المسلم ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض

المشتري وهذا وإن كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة بإثبات ضرر خاص وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في أثناء السنة فإن بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فعلى البائع وما عن أبي يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح أيضا ومن فروع ذلك ما إذا انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر بأن كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا أخذ منه خراج الأعلى وهو الكرم لأنه هو الذي ضيع الزيادة على المسلمين قالوا ولا يفتى بهذا حذرا من تسليط الظلمة على أموال المسلمين إذ يدعي كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب قوله ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقولنا لما قلنا من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر والأجر ثم كونه إنما يبقى ما تقرر وجبا أولى ولأن وضع عمر رضي الله عنه بموافقة جماعة الصحابة رضي الله عنهم ما كان إلا ليعد الذين يجيئون من المسلمين بعد أهل الفتح ما يسد حاجتهم وفتح هذا الباب يؤدي إلى فوات هذا المقصود فإن الإسلام غير بعيد بمخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه وتنقية من الكلفة وتجشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف لغيره قال المصنف وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها قال البيهقي قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة إنه كان لابن مسعود وخباب بن الأرت والحسين بن علي وشريح أرض الخراج فدل على أن استنكار كراهة تملكها ثنا خالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر رضي الله عنه إني اشتريت أرضا من أرض السواد فقال عمر أنت فيها مثل صاحبها قال البيهقي وأخبرنا أبو سعيد ثنا أبو العباس الأصم ثنا الحسن بن علي بن عفان ثنا يحيى بن آدم ثنا ابن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال أسلمت امرأة من أهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إن اختارت أرضها وأدت ما على أرضها فخلوا بينها وبين أرضها وإلا فخلوا بين المسلمين وبين أرضهم وروى عبد الرزاق وابن أبي شيبة ثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر رضي الله عنه ادفعوا إليها أرضها تؤدي عنها الخراج وقال ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما ثنا هشيم بن بشير عن شيبان ثنا الحكم عن الزبير بن عدي أن دهقانا أسلم على عهد عمر رضي الله عنه فقال علي رضي الله عنه إن أقمت في أرضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك وأخذناها عن أرضك وإن تحولت عنها فنحن أحق بها وقال ابن أبي شيبة ثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي رضي الله عنهما قالا إذا أسلم وله أرض وضعنا عنه الجزية وأخذنا خراجها قال المصنف فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل فلو قال من المسلم كان أولى وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذه وهو غير مقصود فإن الأخذ ليقوم بالإمام وليس المقصود إفادة أنه لا يكره للإمام أخذ الخراج من المسلم بل المقصود إفادة حكم شراء المسلم الأرض الخراجية وتعرضه بذلك الأخذ منه بل يكره له ذلك أو لا فيجب لفظ للمسلم فيتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا فظنوا أن الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين إذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر قعدوا عن الغزو وكر عليهم عدوهم فجعلهم في ذلة لما ذكرنا إذ لا شك في أنه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء ألا ترى أنه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة قوله ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي ومالك وأحمد يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان ذاتا فإن العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيه معنى العقوبة ومحلا فإن العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لأن سبب العشر الأرض النامية بالخارج

مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب فى ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر فى ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان فى ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر فى العشر تحقيقا وفى الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوٰة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة لان عمر رضى الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه فى كل خارج

تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية بتقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر او الخراج قال المصنف ولنا قوله عليه الصلوٰة والسلام لا يجتمع عشر وخراج فى ارض مسلم وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدى فى الكامل عن يحيى بن عنبسة ثنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة ضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على ابى حنيفة وانما رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فجعله يحيى وصله اخرجه ابن ابى شيبة بنحوه عن الشعبى وعكرمة ثنا ابراهيم بن المغيرة حدثنا عبد الله بن المبارك عن حمزة السلولى عن الشعبى قال لا يجتمع عشر وخراج فى ارض وقال ثنا ابو خيثمة ثنا يحيى بن ادم عن ابى المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج فى مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب بعض التابعين فلم يعده ليكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهب الجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال واما قوله ولان احدا من الائمة فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع فى الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى الملاك فلم يتعين قول صحابى بعدم الجمع ليحتج به بل يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضى ان ليس عمر بن الخطاب رضى الله عنه على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا لآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه فى جواب المسائل فى مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه فليفيدك ذلك ثم الوجه منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما هنا الارض ولا مانع من تعليق السبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع ان العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلوٰة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضى ان يؤخذ مع الخراج ان كان ولان تعدد الحكم انما يتعدد بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية الا انه يعتبر النماء فى العشر تحقيقا لانه اسم اضافى فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره وفى الخراج تقديرا ولهذا ايضا فانهما يضافان فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديرى غير الارض مع النماء التحقيقى مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هى السبب فاذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكوٰة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب واما قوله ولان الخراج يجب فى الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر فى الارض اذا اسلم اهلها ولازم الاول الكره ولازم الثانى الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم ان بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا اقر اهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما ان بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل الصلح او بان احياها وسقاها بماء الانهار الصغار او كانت قريبة من ارض الخراج على الخلاف ومع هذا فالذى يغلب على الظن ان الراشدين من عمر وعثمان وعلى رضوان الله عليهم اجمعين لم يأخذوا عشرا من ارض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل اخذهم الخراج بهذا تقضى العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك فى غاية البعد اذ كان العشر وظيفة فى الارض التى وظف فيها الخراج على اهل الكفر بل يقرب ان يتولوا اخذ وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على ادائه من طيب انفسهم واذا كان الظن عدم اخذ الثلاثة مع دليل القبول الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابى لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفى وكذا الرجم مع الجلد وزكوٰة التجارة مع صدقة الفطر والشافعى يوجب الجلد مع الرجم وما سواه يجمع وكذا الزكوٰة مع احدهما اى العشر او الخراج خلافا للشافعى وصورته اذا اشترى ارض عشر او خراج بقصد التجارة عليه العشر او الخراج وليس عليه زكوٰة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج الزم للارض بخلاف الزكوٰة لانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة لان عمر رضى الله عنه لم يوظفه مكررا الى سنة بتكرر الخارج على الطريقة التى قدمناها ذكرناه وقد يوازى بها فيتعلق الخ

باب الجزية

(وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتي حلة ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق (وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما) وهذا عندنا. وقال الشافعي رحمه الله يضع على كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر من غير فصل ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني

بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فإذا عطلها لا يؤخذ شيء فإن اثبت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الأغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب أن يعطل الأرض عن الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبي والأراضي الموقوفة لأن وقفها إخراج من مستحق إلى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي أن يطالب بذلك الناظر

باب الجزية هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الأول لقوته إذ يجب أسلموا أو لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها إلا إذا لم يسلموا ولأنه حقيقة الخراج لأنه إذا أطلق فإنما يتبادر خراج الأرض ولا يطلق على الجزية إلا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي في اللغة الجزاء وإنما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الإذلال عند الإعطاء على ما سيعرف وهو على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح عليها فيتقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر إذ صلحه صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفي حلة في العام على ما في أبي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك. وتقدم تفصيله في الزكاة قال أبو يوسف في كتاب الخراج وأبو عبيد في كتاب الأموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهل نجران بعد أن قال على ألفي حلة كل حلة أوقية يعني قيمتها أوقية فقول الولوالجي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لأن الأوقية أربعون درهما والحلة ثوبان إزار ورداء وتعتبر قيمة الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤوسهم وأراضيهم قال أبو يوسف فما جاء على أراضيهم على جزية رؤوسهم تقسم على رؤوس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل أرض من أراضي نجران وإن كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمي أو تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيهم أما جزية رؤوسهم فليس على النساء والصبيان انتهى يعني أنه وقع على الصلح فيؤخذ سواء باع بعضهم أرضها أو لم يبع ثم إذا باع يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله فيؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشره من التغلبي المشتري وقول المصنف ألف ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله في بني نجران فإن نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم قبيلة فكذا كان الثابت في الحديث أهل نجران والضرب الثاني جزية يبتدئ الإمام توظيفها إذا غلب على الكفار ففتح بلادهم وأقرهم على أملاكهم فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤوا أو أبوا رضوا أو لم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما بوزن سبعة يأخذ من أحدهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما واحدا وقال الشافعي يضع على كل حالم أي بالغ دينارا أو اثني عشر درهما قال بعض مشايخهم الإمام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة إلا في الجزية فإنه يقابل باثني عشر درهما لأن عمر قضى بذلك وعند عامة أصحابهم لا يعتبر في الدينار إلا بالسعر والقيمة ويستحب للإمام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير وقال مالك يؤخذ من الغني أربعين درهما أو أربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم أو دينارا وقال الثوري وهو رواية عن أحمد هي غير مقدرة بل مفوض إلى رأي الإمام لأنه عليه الصلاة والسلام أمر معاذا بأخذ الدينار وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على ألفي حلة وعمر رضي الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على أنه لا تقدير فيها معين بل مفوض إلى رأي الإمام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن أحمد روايتان أخريان إحداهما كقولنا والأخرى كقول الشافعي وجه ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن

ثم هذا مذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت

بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر

وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امره بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية

ومن في الاخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم دينارا او عدله معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حسن صحيح وذكر ان بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو اصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا الكتاب ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق ثنا معمر وسفيان الثوري عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى ان قال ومن كل حالم او حالمة دينارا او عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة وقال ابو عبيد وهذا والله اعلم فيما نرى منسوخ اذ كان في اول الاسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم ثم يستدل لذلك بما روي الصعب بن جثامة ان خيلا اصابت من ابناء المشركين فقال عليه الصلاة والسلام هم من آبائهم ثم اسند ابو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اولاد المشركين انقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب الى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذه الثياب المعافرية وهكذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب اليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للقتيبي البرود المعافرية منسوبة الى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده (قوله ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء) وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير لان كلا منهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم اجمعين) ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج ووضعا على الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا اخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الجزية على رؤوس الرجال على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا ابو نعيم ثنا مندل عن الشيباني عن ابي عون عن المغيرة بن شعبة ان عمر وضع الخ ومن طريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى ابي نضرة ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع الجزية على اهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الخ ومن طريق آخر اسنده ابو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر رضي الله عنه انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم بلا نكير فحل محل الاجماع ثم عارض المصنف مثناه بقوله ولانه اي الجزية وجبت نصرة للمقاتلة اي خلفا عن نصرة مقاتلة اهل الدار لان من هو من اهل دار الاسلام عليه نصرتهم وقد فاتت بميلهم الى اهل الدار المعادين لنا لاصرارهم على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين لو لزمهم القتال كانوا مسلمين فيختلف بحالهم لانه نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان ينصر راكبا ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف وذلك لان النصرة تتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله يعني الجزية والحقها بخراج الارض فانه وجب على التفاوت واورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم ان لا يؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين او بطلب الامام منهم ذلك والحال انها تؤخذ منهم مع ذلك اجيب بان الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه ان النصرة التي فاتت نصرة المسلمين بنصرة الاسلام فاتت بالكفر فابدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها وليعلم ان الجزية خلف عن قتله ونصرته جميعا قال وما رواه من وضع الدينار على الكل محمول على انه كان صلحا فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك [illegible] او لان اهل اليمن كانوا اهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم ذلك ففرض عليهم ما على الفقراء ويدل على ذلك

قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس **قال** وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا

ما روى البخاري عن ابن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شان اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار واعلم انه سيجيء ما يفيد ان الجزية خلف عن قتلهم والوجه انها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا لا عن احدهما فقط فتنفى عن المجموع ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر ومن ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل اي المكتسب وقال الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن ابي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء اما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض **قوله** وتوضع الجزية على اهل الكتاب اليهود ويدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا انهم يخالفونهم في فروع والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى او قال هم من اليهود فهم من اهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى قاضيخان وتؤخذ اي الجزية من الصابئة عن ابي حنيفة خلافا لهما واطلق في اهل الكتاب فشمل اهل الكتاب من العرب والعجم واما المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهذا قول المصنف ووضع عليه الصلوة والسلام الجزية على المجوس وهجر بلدة في البحرين **قوله** وعبدة الاوثان بالجر اي وتوضع على عبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه الى الجزية في حق اهل الكتاب بالقرآن اعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية وفي المجوس بالخبر الذي ذكرنا وفي صحيح البخاري فيبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم بجامع ان كلا من الاسترقاق والجزية يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر لانه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين مع الحال ان نفقته في كسبه فقد ادى حاجة نفسه الينا او بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فيجوز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعا لاصولهم في الكفر فكانوا اتباعا في حكمهم فكان الجزية على الرجل اتباعه في المعنى ان كان له اتباع والا فهي عنه خاصة **قوله** وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكرهم من اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم فيء وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية **قوله** ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما يعني مشركي العرب والمرتدين قد تغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب فلان القرآن قد نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون فلان كفرهم بعدما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وهو قول مالك واحمد لان الاسترقاق اتلاف

وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية قال ولا زمن ولا أعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف أنها تجب إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل

حكما فيجوز كما يجوز إتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون أي إلى أن يسلموا وروي عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنه وقال أو القتل مكان أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لا رق على عربي وأخرجه البيهقي عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابتا على أحد من العرب رق لكان اليوم وقال السم وجوابه ما قلنا يعني من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الأخف منه قوله وإذا ظهر عليهم أي على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء يسترقون لأنه عليه الصلاة والسلام استرق ذراري أوطاس وهوازن وأبو بكر استرق بني حنيفة أسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم إن خالد بن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فأخرج السلاح والكراع والأموال والسبي ثم قسم السبي قسمين وأقرع على القسمين فخرج سهمه على أحدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنها قالت قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية وسمي ابنها ابن الحنفية قال وحدثني عبد الله بن نافع عن أبيه قال كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم من ذلك السبي وحنيفة أبو حي من العرب سمي به لأن جذيمة ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الأوثان لا يجبرون وفي فتاوى قاضي خان وأما الزنادقة قالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته فإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية قوله ولا جزية على امرأة ولا صبي وكذا على مجنون بالإجماع لأن الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك ولا على أعمى وزمن ولا المفلوج وعن الشافعي يؤخذ منهم لاعتبارها أجرة الدار ولا تؤخذ من الشيخ الكبير الذي لا قدرة له على القتال ولا الكسب وعن أبي يوسف تؤخذ منه إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي في الحرب وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله لما بينا والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم زمنا وزمانة قوله ولا على فقير غير معتمل أي الذي لا يقدر على العمل وإن أحسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه وهو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل أراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الأموال ثنا الهيثم بن عدي ثنا عمر بن نافع حدثني أبو بكر العبسي صلة بن زفر قال أبصر عمر شيخا كبيرا من أهل الذمة يسأل فقال له ما لك قال ليس لي مال وإن الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما أنصفناك أكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب إلى عماله أن لا تأخذوا الجزية من شيخ كبير ولأن خراج الأرض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس بجامع عدم الطاقة بحكمة دفع الضرر الدنيوي والحديث محمول على المعتمل بالمعنى الذي ذكرناه بتوظيف عمر رضي الله عنه المقترن بالإجماع جمعا بين الدليلين فإن قلت ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر أخرجه البيهقي لا يقال بنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به لأنا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن يضاف إلى الأصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم إنما توظف على المعتمل إذا كان صحيحا في أكثر السنة وإلا فلا جزية عليه لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام

ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهو والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل من القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الاول تجب لان المملوك الحربي يقتل وعلى الاعتبار الثاني لا يجب لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه فدار بين الوجوب وعدمه فلا يجب بالشك والوجه ان يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا ولا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء وهذا لا تذكر فيما يلي هذه المسئلة واذا كان خلفا عن ابي حنيفة لا يحسن قوله فلا يجب بالشك بل لا يجب بلا شك ثم لا يخفى ان ذكر ام الولد ليس على ما ينبغي فان من المعلوم ان لا جزية على النساء ولعله ابن ام الولد فسقطت لفظة ابن **قوله** ولا يؤدى عنهم مواليهم يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز ان يقال انها تؤخذ من مواليهم فيؤدون عنهم فازال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة في الجزية حتى لزمهم جزية الاغنياء بسببهم فلو اخذ منهم عنهم شئ آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو انهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم فمتى شرعا فلا يجب شئ آخر وهذا بناء على ان غناء الملاك بهم لانهم مال ويعدون المال بالكسب **قوله** ولا توضع على الرهبان جمع راهب وقد يقال هو واحد رهبان ايضا وشرطه ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم فعليه الجزية هكذا ذكر القدوري وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح ووجه الوضع انه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل ارض المباح من الزراعة ووجه وضع الجزية عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا يخفى ان هذا اصل الشافعي رح على ما تقدم انها عندنا بدل من نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل من القتل فافاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم ايانا فمتى تخلف احدهما انتفى وجوبها وعن محمد لا جزية على المسكنين قيل يجوز انه اراد من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز ان يقول هو لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل **قوله** ومن اسلم وعليه جزية بان اسلم بعد كمال السنة سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما وكذا لو مات في اثناء السنة او اسلم وفي اصح قولي الشافعي رح لا تسقط فيهما ايضا وعلى هذا الخلاف لو عمي او زمن او اقعد او صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او افتقر بحيث لا يقدر على شئ لان الجزية وجبت بدلا عن العصمة التي تثبت للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي رح او بدلا عن السكنى في دار الاسلام كما هو قول آخر له وقد وصل اليه العوض وهو حقن دمه وسكناه الى الموت او الاسلام وصار بذلك مستوفيا للمبدل فتقرر البدل دينا في ذمته فلا يسقط بهذا العارض الذي هو موته او اسلامه كسائر الديون من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل ادائه ولنا ما اخرجه ابو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية قال ابو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا اسلم فلا جزية عليه باللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس في سند الطبراني فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به عن جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه يعم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه اجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق

لانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت الجزيتان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج راسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ منه وهو قول الشافعي وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رح انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رح في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشائخ على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رح في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناها في اوله

اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لان كلا منهما محل الاجماع فان عقلت حكمة ذلك والا وجب الاتباع على ان الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال في خراج الارض لانه مؤنة الارض كي تبقى في ايدينا والمسلم من سعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لا تناول كما هو شعار واما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المسلم المعين بخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق العموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص **قوله** ولانها اى الجزية انما وجبت عقوبة عن الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة وعلى العقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الاول ولذا اخذت بطريق الاذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين انها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامة حد ثبت عليه ولان العقوبة الدنيوية لا تكون الا لدفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق وقد اندفع بالموت والاسلام وهذا لا ينافي كونها بدلا اى خلفا عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفره الذي هو سبب حرابته دفعا لها باضعافه باخذ ما منه وبدلا من نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفا ايضا عن النصرة انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام واما قوله انها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به او لظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكنى قلنا الذمي يسكن ملك نفسه فلا يكون اجرة ولانه بعقد الذمة صار من اهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكينه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالعصمة ويكفي ما ذكرنا من دلالة انها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن اقامتها وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي الى حرابته ولا تمكن من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمته **قوله** فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت اى الجزية انث فعل الحولين لتأويله بالسنتين والاداء الى ذلك من اول الامر او بتقدير مضاف اى جزيتا حولين ولفظ القدوري فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الاخرى لم تؤخذ منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم تؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراجها حينئذ عنده وعندهما يؤخذ منه لما مضى وقيل لا تداخل فيه فيؤخذ لما مضى بالاتفاق لهما في الخلافية وهي تداخل الجزية ان الخراج اى الجزية لانها خراج الرأس وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها على الوجه المامور به تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين لانه ما دام كافرا امكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه لان المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره وانت تعلم ان كونها وجبت عوضا وكون التحصيل فيها اعواضا خلاف ما تقدم وانه بقول الشافعي رح اليق فانه اريد بالاعواض الجزية الواقعة عقوبة ثم عليها وجه ابي حنيفة رح القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار في رمضان مع انها عقوبة وعبادة غير ان الراجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة **قوله** ولهذا الخ استيضاح على انها عقوبة يعني لو بعث بها على يد نائبه لا تقبل منه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي بها بنفسه فيعطي قائما والقابض جالس وفي رواية يأخذ بتلبيبه

فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت
البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها
لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار
دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من
ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة

وهو يلي صدره من يشاء به ويقول اعط الجزية يا ذمي وقبولها من النائب يفوت المأمور به من اذلاله عند الاعطاء قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم
صاغرون ووجه آخر انها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن بمعنى عن القتل في المستقبل والنصرة في المستقبل لان القتل انما يستوفى
لحرب قائم في الحال لا لحرب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه بانقضائه فانقضت الحاجة فيه الى شيء من الاشياء وفي المبسوط ولان المقصود
ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة ثم قول محمد في الجامع وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشائخ على مضي السنة مجازا
فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع في الحولين او في الجزيتين فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته وهو ان يراد دخول
اول السنة فان مجيء الشهر بمجيء اوله ومجيء السنة بمجيء اولها والاصح هو هذا فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكوة
ولنا انها وجبت اي الجزية بدلا عنه اي عن النصرة والقتل لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه من ان القتل انما يستوفى لحرب قائم في الحال فصار مقررا عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم انما يتحقق في
المستقبل بخلاف الزكوة لان الوجوب في المال النامي فلا بد من الحول ليتحقق الاستيفاء فلم يجب قبله لعدم تمام سببه فلذلك قبله ثم قيم الحول مقام النماء لانه المكن منه فصار المال به ناميا تقديرا

فصل لما كانت هذه احكام تتعلق بالذمي باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك **قوله** ولا يجوز احداث بيعة بكسر الباء ولا كنيسة
في دار الاسلام وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة والكنيسة لمتعبد
الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصنف عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما
يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان في قرى ديارنا ايضا لا تحدث في هذا الزمان والمروي عن صاحب المذهب يعني ابا حنيفة
كان في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة في شرحه كتاب الاجارات الاصح عندي انهم
يمنعون عن ذلك في السواد وان كان في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون واما القرى التي سكنها المسلمون
اختلف المشائخ فيها على ما ذكرنا فصار الحاصل منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدوري منعها في دار الاسلام والصومعة وهو ما يبنى للتخلي
عن الناس والانقطاع فيها لهم مثلها فيمنع ايضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدوري وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها قال المصنف
لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير انهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث في ذلك المكان
المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا التعليل اشارة الى ان ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على اراضيهم سواء
كان اما في زمن الصحابة رضي الله عنهم او التابعين او بعدهم قيل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز
فيها احداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه
المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شيء بالاجماع وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية
يجب وعندنا ان جعلهم ذمة امرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلوتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول الشافعي ورواية
عن احمد لان الصحابة رضي الله عنهم فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم
على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما يقع عليه الصلح فان
صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا يمنعهم الا ان الاولى ان لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث شيء منها ويمنعون

وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب

من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنازير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر معناه اى التجاهر به اى اظهاره وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنع انتهى وقال محمد كل قرية من قرى اهل الذمة او مصرا وحديقة لهم اظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا المزامير والطنابير والناقوس ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن واعلم ان البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها واما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة وذكر في الاجارة انها لا تهدم وعمل الناس على هذا فانا راينا كثيرا منها تداولت عليها الائمة والازمان وهي باقية لم يأمر امام بهدمها فكان متوارثا من عهد الصحابة وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير او كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي ان لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضاء فادار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر انها كانت في الضواحي فادير السور فاحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي ان لا تهدم لانها ان كانت في امصار قديمة ولا شك ان الصحابة رضي الله عنهم والتابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف انها فتحت صلحا حكمنا بانهم اقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار فانظر الى قول الكرخي اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الخلاف بقوله عليه الصلوة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال المصنف المراد احداثها لو بدل الان البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة في الصلح وفي رواية البيهقي تصريح بذلك في سنده عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه ابو عبيد القاسم بن سلام ثنا عبد الله بن صالح ثنا الليث بن سعد حدثني توبة بن نمير الحضرمي قاضي مصر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال وروى ابو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن ابي الخير قال قال عمر بن الخطاب لا كنيسة في الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدي في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة في الاسلام ولا يجدد ما خرب منها واعل بسعيد بن سنان ولو اتعددت الطرق الضعيفة يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلي عن اتيان النساء قوله وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لانهم لا يمكنون من السكنى فيها فلا فائدة في اقرارها الا ان تتخذ دار سكنى ولا يباع فيها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ويمنعون من ان تتخذ ارض العرب مسكنا ووطنا بخلاف امصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك وذلك لقوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب اخرج اسحق بن راهويه في مسنده انبانا النضر بن شميل ثنا صالح بن ابي الاخضر حدثني الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب او قال بارض الحجاز دينان ورواه في الزكوة وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فاني مجليكم قال فاجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا صحيح ورواه مالك في الموطأ قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر عن ذلك حتى اتاه اليقين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر واجلى يهود نجران

قال: ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف وإنما يؤخذون بذلك إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولأن المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب أن يكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام ويجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فإن لزمت الضرورة اتخذوا سروجاً بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي عليه السلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي عليه السلام يكون نقضاً لأنه لو كان مسلماً ينتقض إيمانه فكذا ينتقض أمانه إذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه

وفدك وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنه لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطول وأما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام وسميت جزيرة لانحسار المياه التي حولها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل لأن حولها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الزهري سميت جزيرة لأن بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبيها الجنوبي وأحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات وقال المنذري في مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها وروي أنها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخاري عن المغيرة قال هي أرض مكة والمدينة قوله ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم حاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لأهل الإسلام فلا بد مما يميز المسلم من الكافر كيلا يعامل معاملة المسلم في التوقير والإجلال وذلك لا يجوز وربما يموت أحدهم فجأة في الطريق فلا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم عليه الصلاة والسلام بذلك لأنهم كانوا معروفين بأعيانهم بجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زي خاص عن المسلمين وإذا وجب التمييز وجب أن يكون فيه صغار لا إعزاز لأن إذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة ولذا أمروا بالكستيجات وهو خيط غليظ قدر الأصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الإبريسم لأن فيه جفاء المسلمين أي إغلاظاً عليهم فهو من حسن الشارة لهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين وربما تعلق بقلبهم فيقولون الكفار أحسن حالاً منا فإنهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب وإليه الإشارة بقوله ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفاً من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيهاً على خسة الدنيا عند الله عز وجل وأوسع من شدة سوء حالتها فقيه من الإبريسم تمنعهم من لبس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريراً أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرقيق والأبراد الرقيق أولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكتابهم وإدخالهم في المباشرة التي يكون بها معظماً عند المسلمين بل ربما تصيف بعض المسلمين خدمة له خوفاً من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له من الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الأكف أو قريباً منه ولا يركبون الخيل بل المختار أن لا أصلاً إلا إذا خرجوا إلى أرض قرية ونحوها أو كان مريضاً إلا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين إذا مر بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط وإذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه أهله وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة وألزم النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطرق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كيلا يقف سائلهم فيدعو لهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين ويمنعون من لباس يختص بأهل العلم والزهد والشرف وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا أردية كأرديتهم هكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك قوله ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو زنى بمسلمة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده فيصير مباح الدم بالقتل إنه لا عهد له عندنا وقيد بأدائها لأنه لو امتنع من قبولها نقض عهده والشافعي ينتقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وعدم قبول أحكام الإسلام وأن ينقضه بزناه بمسلمة أو أصابها بنكاح أو أن يفتن مسلماً عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلماً وهو قول مالك وأحمد إلا أن مالكاً قال ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا لأنه ينتقض عهده بذلك وفيما سواه وهو سب النبي صلى الله عليه وسلم فإنه يقتل به إن لم يسلم ووافقه

قال ولا ينقض العهد إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا لأنهم صاروا حرباً علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات وكذا في حكم ما حمله من ماله إلا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد

فصل ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لأن عمر رض صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رض ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم أيضاً وهو قول الشافعي لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رض هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا أنه مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها

في هذا الشافعي في قول وأحمد في رواية وقال الشافعي أيضاً فيما إذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه السلام قولان آخران أحدهما لا ينتقض والآخر ينتقض وجه قوله هذا أنه بذلك ينتقض إيمانه لو كان مسلماً فينتقض به أمانه الأولى إذ عقد الذمة خلف عن الإيمان في إفادة الأمان فلما انتقض الأصل انتقض الخلف بالطريق الأولى وروى أبو يوسف عن حصين بن عبد الله عن ابن عمر أن رجلاً قال له سمعت راهباً سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته إنا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف ولنا أن سبه عليه الصلوة والسلام كفر من الذمي كما هو ردة من المسلم والكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنع عقد الذمة في الابتداء فالكفر الطاري لا يرفعه في حال البقاء بطريق أولى ويؤيده ما روي عن عائشة رض أن رهطاً من اليهود دخلوا على النبي عليه الصلوة والسلام فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها فقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلاً يا عائشة فإن الله يحب الرفق في الأمر كله قالت فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا قال عم قد قلت وعليكم ولا شك أن هذا سب منهم له عليه الصلوة والسلام ولو كان نقضاً للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قال وحديث ابن عمر رض إسناده ضعيف وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبه عليه الصلوة والسلام والذي عندي أن سبه عليه الصلوة والسلام أو نسبة ما لا ينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد إلى الله تعالى تقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وإن لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لأن دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالإعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول وإظهار ذلك منه ينافي قيد كون قبول الجزية دافعاً لقتله لأنه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالإسلام والمسلمين فلا يكون جارياً على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغراً ذليلاً ولعل اليهود المذكورين في حديث عائشة رض لم يكونوا أهل ذمة بمعنى إعطائهم الجزية بل كانوا أصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعاً لشرهم إلى أن يمكن الله منهم لأنه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمرداً عليهم حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار قوله ولا ينقض عهده إلا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا أي أهل الذمة على موضع قرية أو حصن فيحاربوننا لأنهم بكل من الخصلتين صاروا حرباً علينا وعقد الذمة ما كان إلا لدفع شر حرابهم فيعرى عن الفائدة فلا يبقى وإذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات وإذا تاب يقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الإسلام إجماعاً ويقسم ماله بين ورثته وكذا في حكم ما حمله من ماله إلى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيئاً لعامة المسلمين كالمرتد إذا لحق بماله ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجاناً وبعد القسمة بالقيمة لأن الملك لهم حين أخذه فإن عاد بعد الحكم باللحاق ففي وجوبه يكون فيئاً في رواية لأنه لا يبعد أن يقال انتقاله إلى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب إن لم تكن متاخمة لدار الإسلام بالاتفاق وإن كانت على قولهما وقوله إلا أنه لو أسر يسترق استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد بخلاف المرتد إذا لحق ثم ظهر على الدار فأسر لا يسترق بل يقتل إذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه إذا عاد بعد نقضه وقبلها لأنه ما كان التزم بالذمة الإسلام بل أحكامه فجاز أن يعود إلى الذمة بخلاف المرتد التزم الإسلام فلا بد أن يعود إليه أما إذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية

فصل في أحكام نصارى بني تغلب أفرده بفصل لأن حكمهم يخالف لسائر النصارى وتغلب بن وائل من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الإسلام

النبي — لشرهم — يقبل — بنو

ويوضع على مولى التغلبي الخراج اى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فألحق به مولاه

ثم ان عمر دعاهم عمر رضه الى الجزية فابوا وانفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما ياخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا اخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا امير المؤمنين ان القوم لهم باس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضه في طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة على ذلك ثم انتهى وفي رواية ابي يوسف رحمه بسنده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضه ان بنى تغلب الحديث الى ان قال فصالحهم عمر رضه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى ان يسقط الجزية من رؤسهم انتهى ففي كل اربعين لهم شاتان ولا زيادة حتى يبلغ مائة وعشرين ففيها اربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء بل هي جزية على التحقيق من كل وجه اولا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كانت للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه قال الكرخي وهذا الرواية اقيس وهو قول الشافعي لان الواجب بكتاب الله عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل في موقع المستحق يؤيده قول عمر رضه هذه جزية سموها ما شئتم قال اصحابنا واحمد رحمه وان كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكوة واسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعي فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطي جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلابيبه والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص الجزية والمراد من الحاصل ما يجب من المال في الصلح فيؤخذ بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهما واموالهما لعدم وجوب الزكوة عليهم عندنا بخلاف ارضهم فيؤخذ خراجها لانها وظيفة الارض بسبب عبادة كبعض الغالبين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكر يفيد انه روعي في هذا المال جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكوة اما الاول فلانها حقيقة الجزية واما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا بغيره وهذه الجزية التي وجبت بالصلح وقد علمت ان الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيف ما وقع والذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التي يبتدى الامام وضعها اذا شاؤوا وابوا على ما تقدم قوله ويوضع على مولى التغلبي اي معتقه الخراج اى الجزية وخراج الارض وقال زفر رحمه يضاعف عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه لقوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم وهذا الحديث استدل له في الزكوة على حرمان مولى الهاشمي الزكوة ولذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع الاحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكوة من هذا الباب ولنا ان هذا اي وضع الصدقة المضاعفة تخفيف اذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم في ذلك واستشفاقهم سواه والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف الا يرى ان الاسلام اعلى اسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية اولى بخلاف حرمة الصدقات على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به وينقض بمولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم يتعد اليه فقال لا يلزم لان الغني من اهل الصدقة في الجملة الا يرى انه لو كان عاملا عليها اعطى كفايته منها وانما الغني مانع من الاسقاط عن المعطي له شرعا تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص السيد اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لشرفه وكرامته اقتضاء ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا فالحق به مولاه ولان التكريم ان لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم اجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي ليس بمنزلته في الكفاءة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه ايضا وهو انه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف

قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله اعلم

باب احكام المرتدين

قال واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته

الى المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد الى المولى فتخصيص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيضه لما ان نقيضه المولى الاسفل ينسب الى مولاه و
وجه آخر بان القياس ان لا يكون المولى منهم ولا ملزوما لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث به في منع الزكوة وهو ما روي انه عليه
الصلوة والسلام استعمل ارقم بن الارقم على الصدقات فاستتبع ابا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلوة والسلام
ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد فان موالي القوم منهم واذا علم عدم عمومه فليختص بسببه وهو الزكوة واما الجواب بان قيل لم يوافق
زفر به احدا من الفقهاء قيل بل قوله مروي عن الشعبي قوله وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى
الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وهي مواضع يخاف العدو فيها من دار الاسلام وبناء القناطر والجسور وهي ما يوضع
ويرفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم وتدفع منه ارزاق
المقاتلة وذراريهم فانه تجب نفقته عليهم فلو لم يكفوا من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا لانه مال بيت المال لانه وصل
الى المسلمين من غير قتال ومال كذلك هو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال و
اذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المص في التجنيس في علامة السيد ابي شجاع انه يعطي ايضا المعلمين والمتعلمين وهذا يدخل
طلبة العلم بخلاف المذكور هنا لانه قيل ان يتاهل عامل لنفسه لكن ليس بعده للمسلمين قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة و
ليس بدين ولكونه صلة سمي عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت وهذا لانه مات قبل تاكد حقه بمجيء وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجري
فيه الارث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تاكد سهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما اسلفناه وتقييد محمد ره في
الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بانه اذا مات آخرها يعطى ورثته قالوا لا يجب ايضا ولكن يستحب لانه اوفى عناءه اي تعبه في عمله للمسلمين فيستحب ان يعطى
ونص شمس الائمة على عدم وجوب اعطائه بعد ما تمت السنة ايضا بما ذكرنا في نصفها فافاد انه لا يتاكد الحق بعد تمت السنة ايضا معولا على انه صلة فلا يملك قبل
القبض وهذا يقتضي قصر الارث على حقيقة الارث والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لان حقه تاكد باتمام عمله في السنة كما قلنا انه يورث سهم الغازي بعد الاحراز بدار الاسلام المالك
لتاكد الحق حينئذ وان لم يثبت له ملك قول فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب ان يصرف ذلك الى
ورثته فاما قبل ذلك فلا اعني قدر عنائه يقتضي ان يعطي حصته من العام ثم قيل رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ولو اخذ في اولها ثم
مات او عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد ره احب الي رد الباقي كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها
فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضيخان و
التمرتاشي والعطاء هو ما يثبت في الديوان باسم كل من ذكرنا عن المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية في عرفنا الا انها شهرية والعطاء سنوية

باب احكام المرتدين لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي شرع في بيان احكام الكفر الطاري والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام
قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة ابداها كشفت عنه لانه عساه اعترته اي عرضت له شبهة
فتزاح عنه وفيه دفع شره باحسن الامرين وهما القتل والاسلام واحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال الا ان
العرض على ما قالوا اي المشايخ غير واجب بل مستحب لان الدعوة قد بلغته وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة

قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرّاً كان او عبداً فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك اولم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر فلابد من مدة يمكنه التأمل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدّل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال هذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود

قوله ويحبس ثلثة ايام فان اسلم فبها والا قتل وهذا اللفظ ايضا من القدوري يوجب وجوب الانتظار ثلثة ايام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل اي مكانه فانه يفيد انظاره الايام الثلاثة ليس واجبا ولا استحبابا وانما تعينت الثلاثة لانها مدة ضربت لابلاء العذر بدليل حديث حبان ابن منقذ في الخيار ثلاثة ايام ضربت للتامل لدفع الغبن وقصة موسى عليه السلام مع العبد الصالح ان سألتك عن شيء بعدها وهي الثالثة الى قوله تعالى قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر رض ان رجلا اتاه من قبل ابي موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه في بيت ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال عمر اللهم اني لم احضر ولم آمر ولم ارض اخرجه مالك في الموطا لكن ظاهر تبري عمر رض يقتضي الوجوب ثم قال المص تأويل الاول وهو قول القدوري الدال على وجوب امهاله الايام الثلاثة انه يستمهل فيمهل وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل اجل ثلاثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة فعلينا ازالة تلك الشبهة او انه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة ايام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر المذكور الدال على الوجوب تأويله انه لعله طلب التأجيل وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا اذ لا بد من مدة يمكنه فيها التامل فقدرناها بثلاثة ايام لما ذكرنا والصحيح من قول الشافعي رح انه اذا تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ وقوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان اريد به عدم وجوب الانظار فهذا بينا والاستدلال مشترك ومن الادلة ايضا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان اريد به نفي استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التاخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رض وقول المص وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ليس بجيد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلاثة ايام وهو خلاف المذهب ويخالف ما ذكرنا من ان الامر المطلق لا يقتضي الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم ان الاوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء في قوله فاقتلوه لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار ان المعلول لا يتاخر عن العلة قلنا المعلول هو الحكم الشرعي وايجاب قتله لم يتاخر عن علته المشير له وهو كفره واما ايجاب الامتثال عن الفور فشيء آخر فلا فرق في وجوب قتل المرتدين كون المرتد حرا او عبدا وان كان تضمين قتله ابطال حق المولى بالاجماع واطلاق الدلائل التي ذكرناها وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وقيل هو ان يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وانا بريء من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد ان يأتي بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قال الائمة الثلاثة ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وفي شرح الطحاوي سئل ابو يوسف رح عن الرجل كيف يسلم فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ عن الدين الذي انتحله وان شهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وقال لم ادخل في هذا الدين قط وانا بريء منه اي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبة انتهى وقوله قط يريد به معنى ابدا لان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفي شرح الطحاوي اسلام النصراني ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودي كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا في كل ملة واما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقرون بذلك غير انهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق انه رسول الله ولا يتم الاسلام به

قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركه في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد

بذا فيمن بين اظهرنا منهم واما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم او قال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا اتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقا من قوله بذا انما اراد به الاسلام الذي يدفع عنه في الحال ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته ايضا وكذا ثالثا ورابعا الا ان الكرخي رح قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب في الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربا وجيعا لا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلي سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخي رح بذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وما ذكر الكرخي رح مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى ان تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة فخلوا سبيلهم وعن عمر رضه وعلي رضه لا تقبل توبة من كررت ردته كالزنديق وهو قول مالك واحمد والليث رح لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله ثم ازدادوا كفرا وفي الدراية قال في الزنديق لنا روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك واحمد رح وفي رواية تقبل كقول الشافعي رح وبذا في حق احكام الدنيا اما فيما بينه وبين الله جل اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وعن ابي يوسف لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة فسره بان ينتظر فاذا اظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه او قطع عضوا منه كره ذلك ولا شيء على القاتل والقاطع لان الكفر مبيح وكل جناية على المرتد هدر ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك اي القتل او القطع بغير اذن الامام ادب قوله واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس ابدا حتى تسلم او تموت ولو قتلها قاتل لا شيء عليه امة كانت او حرة ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رح انها تضرب في كل ايام وقدره بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثون سوطا الى ان تموت او تسلم ولم يخصه بحرة ولا امة وبذا قتل معنى لان موالات الضرب يفضي اليه وبذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود انه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كيلا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى مولاها فيحبسها في بيت السيد سواء طلب ذلك هو ام لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المصنف جمعا بين الحقين يعني حق الله وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد فانه لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن ابي حنيفة رح في النوادر تسترق في دار الاسلام ايضا قيل ولو افتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء بالردة من اثبات الفرقة وينبغي ان يشتريها الزوج من الامام او يهبها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر واجروا احكامهم فيها ويقول للمسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى ان يشتريها من الامام وقد افتى الدبوسي والصفار وابل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا في الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصنف على خلاف الشافعي رح قال لما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال ولان ردة الرجل مبيحة

وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

للقتل من حيث انها جناية متغلظة هي جناية الكفر وجناية المرأة تشاركها فيها فيشاركها في موجبها وهو القتل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء كما مر من الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة اصليا وعارضا وثبت تعليله عليه الصلوة والسلام بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من حدم حرابها فكان مخصصا لعموم ما رواه بعد ان عمومه مخصص بمن بدل من الكفر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو ان الاصل في الاجزية ان تتاخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة هذه الدار لها فهذه دار الاعمال وتلك دار اجزيتها وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الا لمصالح تعود الينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب القتل بالردة ان يكون لدفع شر حرابه لا جزاء على فعل الكفر لان جزاءه اعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتاتى منه الحرب وهو الرجل ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بانها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات راي وتبع تقتل لا للردة بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حبست لانها امتنعت عن اداء حق الله تعالى بعد ان اقرت به فتحبس كما في حقوق العباد وقد روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن تحبس ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي الغاية قال الشافعي رح حديث عاصم عن ابن عباس رض قال في المرأة ترتد عن الاسلام تحبس ولا تقتل وما رواه الدارقطني عن جابر عن امرأة يقال لها ام مروان ارتدت عن الاسلام فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرض عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فضعيف لمعمر بن بكار واخرجه ايضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها فابت ان تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله بن اذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل قال عبد الله بن عطارد بن اذينة منكر الحديث وروي حديث آخر عن عائشة رض ارتدت امرأة يوم احد فامر عليه الصلوة والسلام ان تستتاب فان تابت والا قتلت وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه يضع الحديث مع انها معارضة باحاديث آخر مثلها او امثل منها ما اخرجه الدارقطني عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عيسى الجزري قال الدارقطني كذاب يضع الحديث واخرج ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة رض ان امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة ما يرويه غير محفوظ واخرج الطبراني في معجمه ثنا الحسن بن اسحق التستري ثنا هرمز بن سعلي ثنا محمد بن سلمة الفزاري عن مكحول عن ابي طلحة اليعمري عن ابي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان ابت فاستتبها وتقدم رواية عن ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس رض فيما اسنده الدارقطني عن ابن معين انه قال كان الثوري يعيب على ابي حنيفة رح حديثا كان يرويه عن عاصم عن ابي رزين لم يروه غير ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين مرفوع بانه اخرجه الدارقطني عن ابي مالك الجعفي عن عاصم به فزال انفراد ابي حنيفة رح الذي ادعاه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر رض انه في ام ولد نصرت ان تباع في ارض ذات مؤنة عليها ولا تباع في اهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير اهل دينها واخرج الدارقطني عن علي رض المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس قوله ويزول ملك المرتد عن املاكه زوالا مراعى الخ

قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رح انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده

موقوفا غير بات في الحال فان اسلم عادت امواله على حالها الاول وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر امره وعمل السبب وهو كونه كافرا حربيا عمله مستندا الى وقت الردة كالمشتري بردالخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستندا الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعي رح يقتضي انه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع في الهبة وبه صرح بعض الشارحين ورد عليه ان لا معنى للزوال المراعى والموقوف لانه اما ان يزول او لا فاجاب بانه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس بواقع والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع قالوا اي المشائخ هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه والاصح من قول الشافعي رح مثل قوله وبه قال مالك رح واحمد رح في رواية وقولهما قول آخر للشافعي رح ووجهه انه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف الا بماله واثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه فما لم يقتل يبقى ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول ملكه ما لم يقتل ببقاء ملكه ولابي حنيفة رح انه كافر حربي مقهور تحت ايدينا الى ان يقتل والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا يوجب زوال ملكه ومالكيته ومقتضى هذا ان يزول في الحال على البتات الا انه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه والانس به يسهل العود حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وهو زوال الملك وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب عمله وان ثبت منه احد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى ان الحرابة لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربي يملك غير ان مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد حربيا فصار مما يقتضي زوال عصمة نفسه وماله تبعا وهو لا ينفي قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا زاد قوله مقهور تحت ايدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم ان حقيقة المراد بالردة يزول ملكه زوالا باتا فان استمر حتى مات حقيقة او حكما باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة فان عاد عاد الملك وهما هربا من الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فيقول ابو حنيفة رح ان الردة لما اقتضت الزوال والاجماع على انه ان عاد وماله قائم كان احق به وجب ان يعمل لها فنقول بالردة يزول ثم بالعود يعود شرعا هذا وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ ابو النصر البغدادي ان ابا يوسف رح جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فيصير تبرعاته من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فيعتبر من الثلث وجه قول محمد رح انه في معرض التلف فهو اسوأ من المريض حالا وابو يوسف رح يقول المرتد يتمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه

قوله فان مات او قتل على ردته او حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا كلا الكسبين لورثته وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر اجماعا فيبقى مال حربي لا امان له فلم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه من انه مكلف محتاج الخ فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وهذا لا ينتقض على الشافعي رح الا اذا بينا كيفية الاستناد وهو ان يقال ان هذا المسلم اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وبعد الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته الا كان توريث الكافر من المسلم ويحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام او نقول استحقاق المسلمين لكسب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة وكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ للاب قال الله تعالى افمن كان ميتا فاحييناه ولابي حنيفة رح ما قالاه في وجه التوريث الا انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة وهو الموت

ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه

من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث

عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض

وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة

فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بجعله زال ملكه فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له لم يمكن استناده والتوريث فيه الى ما قبل موته الحكمي اعني الردة لانا انما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر ان الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلافي المتقدم وهو ان المرتد تزول املاكه بالردة المستقرة على ما حققناه عنده وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقي او الحكمي باللحاق فاذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والغرض انه الا مملوكا فلا بد من ارثهم له ثم يستند الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار كسبه الكسب في زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد ان كان معدوما حسا **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة بان كان حرا مسلما وبقي كذلك الى وقت موته او لحاقه في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله رواها عنه الحسن بن زياد وهذا لاعتبار الاستناد في الارث فان المستند لا بد ان يثبت اولا ثم يستند فيجب ان يصادق عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو اسلم بعض قرابته او ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية وعنه انه يرثه من كان وارثا عند الردة فقط من غير اشتراط البقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن ابي يوسف رحمه الله عنه فلا يبطل استحقاقه اي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث او ردته بعد ردة ابيه بل اذا مات او ارتد تخلفه وارثه وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية قول الكرخي رحمه الله لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت او اللحاق وهي رواية محمد رحمه الله عنه قال في المبسوط هذا اصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده الا ترى ان الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في انه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن الا انها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع فلو كان من يحيث يرثه كافرا او عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يموت او يلحق او اسلم ورثه وهو قول ابي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله الا ان الكرخي رحمه الله حكى بينهما خلافا في اللحاق فعند ابي يوسف رحمه الله يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد رحمه الله يوم اللحاق لا الحكم وجه ابي يوسف رحمه الله ان العارض يعني الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه محمد رحمه الله ان باللحاق تزول العصمة الاسلام والامان والذمة في حق المستأمن والذمي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فيؤدي الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال اداء الكتابة وجوابه من قبل ابي يوسف رحمه الله ان اللحاق ليس حقيقة الموت ما لم يوسس عن ارتفاعه يثبت الحكم بالاقتصار بل في حكمه لانقطاع الولاية عنه واحكامنا فلا يثبت به احكام الموت قبل ان يتأكد وذلك بالحكم **قوله** وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره اشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهي في العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال في ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق فصار كانه يجعل بالردة كانه طلقها وهو صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار التحقيق ان يقال الردة كانه مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو ما اصر اصراره على الكفر مختارا في الامر الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت قتلا او حتف انفه او بلحاقه فيثبت حكم الفرار وروى ابو يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله انه ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته وبقال ابو يوسف رحمه الله وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقيق بصفة الوارث حالة الردة فقط وهي رواية ابي يوسف رحمه الله وما في الكتاب على رواية الحسن من اعتبار

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد **قال** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف

وبقائه بالصفة الى الموت او على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشتراط قيام العدة يقتضي انها موطوءة ولا ترث غير المدخولة فهو كذلك وذلك لان بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير اجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج او محاذيه اثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وهذا ايضا الاثر المقتضية عدتها قوله والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها اذ المرأة لا حراب منها سواء كانت كافرة اصلية او صارت كافرة فلم يوجد سبب الفيء وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبيها اسلامها وردتها على ملكها فيرثها ورثتها بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال او في المآل باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تحت ايدينا فلا يورث قوله ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض او لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعدما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وبهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وهي في العدة بخلاف ما قررنا في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته لما شرعت بسبب مرض موته ثم باشرة جعل مطلقا في مرضه واذا مات ثبت حكم الفرار قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده

حاش وحلت ديونه المؤجلة ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في ايام ردته على قولهما كما مر ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام واما ما اوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف فيه وذكر الولوالجي ان الاطلاق قوله وقولهما ان الوصية بغير القربة لا تبطل لان ابقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند ابي حنيفة رح تتوقف فكذا هنا قيل واراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة والمغنية وقال الطحاوي لا يبطل منها ما لا يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد رح لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا ان تنفيذ الوصية لحق الميت ولا حق له بعدما قتل على الردة او لحقه بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه آنفا وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح يبقى ماله موقوفا ويحفظه الحاكم الى ان يظهر موته فيه او يعود مسلما فيأخذه لانه اي اللحاق نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام احكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى بخلاف الغيبة في بلد اخرى من دار الاسلام فان احكام الاسلام وولاية الزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقا على القضاء بشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لان القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا فاذا لحقت الحربية فلزوجها ان يتزوج باختها قبل انقضاء عدتها ولانه لا عدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت او عادت مسلمة لم يضر نكاح اختها لان العدة بعد ان سقطت لا تعود

وتقضي الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته في حال ردته من الديون تقضي مما اكتسبه في حال ردته قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه يبدء بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضي من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب له الدين فيقضي كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضي منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضي منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضي من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رح تقضي ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما والله اعلم **قال** وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق ... [illegible]

ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد رح لانه السبب والقضاء انما لتقرره لقطع الاحتمال اي احتمال عوده اي اللحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان امرا مستقرا وهو امر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر وعند ابي يوسف رح يعتبر كونه وارثا وقت القضاء حتى لو كان من يحيث يرث وقت الردة كافرا او عبدا او وقت القضاء مسلما معتقا ورث عند ابي يوسف رح الا عند محمد رح وهذا لانه اي اللحاق انما يصير موتا بالقضاء لانه مجرد غيبة فتقرر بالقضاء به ويتقرر ويصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد بينا تمام وجهي القولين والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف في الارث وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبرها وامهات اولادها وحلول ديونها **قوله** وتقضي ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال ردته وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شئ ورثته الورثة والا لا يورثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شئ من كسب الردة عن ابي حنيفة رح انه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رح وهذا التفصيل المذكور رواية عن ابي حنيفة رح قيل رواها زفر رح عنه ولم ينسب الكرخي رح هذه الى ابي حنيفة رح بل قال وقال زفر رح والحسن رح ما لحقه في حال الاسلام الخ وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فيقضي منه الدينان جميعا فان وفى فكسب الردة فيء لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة الا ان يفضل عن كسب الاسلام شئ عن الدينين فان لم يف كمل من كسب الردة وهي رواية الحسن بن زياد عنه وعنه عكسه وهو ان يقضي الدينان جميعا من كسب الردة فان وفى بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كمل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شئ وهذه رواية ابي يوسف رح عنه وجه الاول وهو التفصيل ان المستحق بالسببين وهو دين الاسلام ودين الردة مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضي كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني وهو رواية الحسن ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه فيه الوارث ومن شروط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث وهو مقدار ما عليه من الدين فيتقدم الدين مطلقا عليه اما كسب الردة فليس مملوكا لبطلان اهلية الملك بالردة عند ابي حنيفة رح فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضي منه فان قيل كيف يقضي منه وهو فيء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين اجاب فقال وبعد في هذا فان الذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين مع ذلك ان كان عليه دين يقضي منه اولا وما فضل يكون للمسلمين فكذلك ههنا قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام وجه الثالث وهو رواية ابي يوسف رح ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه بمعنى انه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض الا فهو قد ذكر انه ليس ملكه وليس المراد انه لا يلزم من كونه خالص حقه لدينه انه ملكه الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه اذا كان خالص حقه كان قضاء دينه منه اولى الا انه لم يف فحينئذ يقضي من كسب الاسلام تقديما لحقه قال في المبسوط وعلى هذا نقول عند ارتهن قضاء الدين فانه اذا قضى دينه من كسب الردة او رهنه بالدين نفذ فعله حتى لو كان فعل عين ما كان في حق فعله فهذه ثلاثة روايات عن ابي حنيفة رح ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه حال ردته قضى منه قال ابو يوسف رح ومحمد رح تقضي ديونه من الكسبين جميعا لانهما ملكه عندنا حتى يجري فيهما الارث **قوله** وما باعه المرتد او اشتراه او اعتقه او رهنه الى آخره وقال المصنف رح اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك في الاستيلاد ولا الى تمام الولاية في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية ابنه وحق المرتد في ماله اقوى من الاب في جارية ابنه وكذلك يصح دعوة السيد ابن امته المكاتبة وحق المرتد في ماله اقوى من حق المولى في كسب المكاتب لان المال

ومختلف فى توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولاخفاء فى وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابى يوسف رح تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد رح تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لاسيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضى الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابى حنيفة رح انه حربى مقهور تحت ايدينا على ما قررناه فى توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربى يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر ويتوقف تصرفاته لتوقف حاله وكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة فى الفصلين فاوجب خللا فى الاهلية بخلاف الزانى وقاتل العمد لان الاستحقاق فى ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل

موقوف على حكم ملكه حتى اذا اسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيها والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فانه لا ولاية له على نفسه واورد عليه ان بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق اجيب بانه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق وقد سلف ان المبانة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة وصرح فى المحيط بان الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التى يلحقها الطلاق مع ان الردة لا يلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لانها لا تبنى على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانها تعتمد الملة ولا ملة له لانه غير مقر على ما انتقل اليه من دين سماوى او غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وهذا حاصل ما فسره الشيخ الدين من ان المراد الملة التى يدينون بها كالنكاح التوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق فى نكاحه من ذلك لانه لا يقر حتما ومن هذا القسم الارث واما الارث منه فقد تقدم انه ثابت لورثته المسلمين وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة بين الشريكين ولا مساواة بين المسلم والمرتد فيتوقف عقد المفاوضة فان اسلم نفذت وان مات او قتل او قضى بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن يصير عنانا عندهما وعند ابى حنيفة رح تبطل اصلا لان فى العنان وكالة وهى موقوفة عنده فقوله ومختلف فى توقفه وهو ما عددناه من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه وهبته والكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هى موقوفة ان اسلم نفذت وان مات او لحق او قتل بطلت لهما ان الصحة للمعاملات التى ذكرنا تعتمد الاهلية ولاخفاء لها والنفاذ يعتمد الملك فى وجود الاهلية لكونه مخاطبا بالايمان وكذا فقد فرع كونه مكلفا وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه يعنى من قوله كلف محتاج الخ ومما يوضح كون ملك المرتد باقيا انه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة او امة مسلمة لستة اشهر فصاعدا وبعده كان لكه زالماء [illegible] بهذا الولد ولو ان ولده قبل الردة مات بعد ما قبل موته ولحاقه لا يرث واذا كان ملكه قائما والاهلية نفذت تصرفاته عندهما الا ان عند ابى يوسف رح يصح كما يصح من الصحيح من جميع المال لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا تقتل فلا يكون كالمريض وعند محمد رح يصح من الثلث كما يصح من المريض لان من انتحل نحلة لاسيما اذا كان بها معرضا عما نشأ عليه فلما تركه فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا ان ابا يوسف رح يقول هو يقدر على دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض ولابى حنيفة رح انه حربى مقهور تحت ايدينا على ما قررناه فى توقف الاملاك اى عوده لما ذكرناه من ان المراد انه يزول ملكه ثم يعود بعوده الى الاسلام من انه حربى مقهور نفسه وماله تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب املاكا لمن قامت به هذه الاملاك مثلا البيع يوجب ان يملك المبيع وان يخرج عن ملكه الثمن والاجارة كذلك والغرض ان ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات الاحكام فى الحال فان اسلم افادته حين وقعت وهذا معنى التوقف فصار المرتد كالحربى يدخل دارنا بلا امان فيؤخذ اى يؤسر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل واسترق لم ينفذ منه هذه او اسلم لم يؤخذ له ما فكذا المرتد وقوله واستحقاق الخ جواب عما يقال المرتد يجب ان يكون كالمقضى عليه بالقصاص والرجم لانه مقهور تحت ايدينا للقتل حينئذ خصوصا فانه لا يمكن له حالا غير القتل بخلاف المرتد فان غيره محتمل فى حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك احدهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة فاجاب بالفرق بان استحقاق القتل فى الفصلين اى الحربى والمرتد لبطلان العصمة بانتفاء سببها وهو الاسلام فاوجب خللا فى الاهلية بخلاف الزانى والقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلك بسبب جزاء على الجناية مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى ماله على حقيقة العصمة ماله لقيام سببها ولهذا لو قتل القاتل غير ولى القصاص قتل به انما يقتل كل منهما بما من حقوق تلك العصمة بخلاف المرتد لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال ابو اليسر قال الحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر

يونسنه

فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلماً احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلماً قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلماً لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولده والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد يتبع له لتقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لانها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكاً قديماً

الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرق وحاصل مراده ان المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند ابي حنيفة رضه بل القول انما اوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق الاولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد **قوله** وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه نقداً او عرضاً اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه بالموت الحكمي به واذا عاد مسلماً فقد احياه الله تعالى حياة جديدة ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة اذا لحقت ثم عادت مسلمة عن قريب تتزوج عن ساعتها لانها فارقة عن النكاح والعدة كانها ميتة لان قال الله تعالى اومن كان ميتاً فاحييناه فاذا حيي احتاج اليه فيقدم على الوارث وعلى هذا لو احيى الله سبحانه ميتاً حقيقة واعاده الى دار الدنيا كان له اخذ ما في يد ورثته من ماله [illegible] عن حكمه سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع او هبة او لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه بخلاف امهات [illegible] يعودون في الرق لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح له وهو لحاقه مرتداً لانه كالموت الحقيقي نفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان ولا وهم انهم لانهم اعني المرتد الذي عاد مسلماً هذا اذا جاء مسلماً بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلماً قبل الحكم باللحاق فكانه لم يزل مسلماً لانه لم يتقرر موته لما ذكرنا من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء وما لم يستقر لا يورث فتكون امهات اولاده ومدبروه على حالهم ارقاء وما كان عليه من الديون المؤجلة [illegible] لان ذا حلها العدم تقرر الموت وصار كالعبد اذا ابق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الآبق كان لم يكن **قوله** واذا وطئ المرتد جارية كنصرانية او يهودية كانت له في حال الاسلام فجاءت بولد لستة اشهر او اكثر ولو الى سنتين منذ ارتد فادعاه فهي ام ولده والولد حر وهو ابنه ويثبت لامه حق امومية الولد ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات المرتد على ردته او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا انه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية [illegible] جارية من تجارته ذكره ابو الليث في شرح الجامع الصغير واما انه لا ترثه فلان الام اذا كانت يهودية او نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لانه اقرب الى الاسلام للجبر عليه والظاهر انه لا يتركه على العود وصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد ولا غيره واما اذا كانت الام مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها وانما يجعل تبعاً لها لانها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد ولا يقال لم لم يجعل تبعاً للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعاً للدار اذا لم يكن معه احد ابويه بان يسبى وليس معه احدهما او يلتقط في دار الاسلام ولا يظن ان هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لانه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعداً احترازاً عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فانه يرثه اذا مات او لحق او قتل على ردته وذلك للتيقن بحصول العلوق في حال اسلام ابيه المرتد فكان الولد مسلماً والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ذكر في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة ليضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم ان الصحيح ما رواه محمد عن ابي حنيفة رضه ان من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت الردة او حدث بعدها انتهى وقد قدمناه انه اصح من قول شمس الائمة وعلى هذا فيكون تخصيصاً لقوله عليه الصلوة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر الاصح الا انه يحتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين مال الذي لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ما قدمناه فاحج

وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته، وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه، وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما اكتسبه في الإسلام والردة جميعاً لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الإرث فيهما، وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثاً عنه والثاني فيئاً عنده، وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة، أما الأول فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت، بخلاف ما إذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار، أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا بالردة، وأما الثاني فالمراد إذا قضى بلحاقه لأنه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى، فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى، **قال** فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله في جميع ذلك نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان كما إذا قطع يد المرتد ثم أسلم، ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم يتخلل الردة، وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب لثبوت الحكم وفي حال البقاء ...

إليه وهذا كله بناء على كونه إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بأن العلوق بعد الردة، والوجه أنه متى جاءت به بعد ستة النصرانية لمدة تتصور العلوق فيها في حالة الإسلام يجب أن يعتبر العلوق فيها، وهذا يمكن إذا جاءت به لأقل من سنتين بلحظة لأنه أحوط للحكم بالإسلام لأنه على هذا الاعتبار يعلق مسلماً يرثه، وإن كان على خلاف المذهب كالذي جاءت به لأقل من ستة أشهر، إن على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعداً لا يرث. **قوله** وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على ذلك المال فهو فيء بإجماع الأئمة الأربعة، وإنما يخالف الأئمة الثلاثة فيما في دار الإسلام من الباقي من ماله على ما تقدم أنه عندهم محفوظ له إلى أن يظهر موته فيصير فيئاً، ولا يشكل كون ماله فيئاً دون نفسه فإن مشركي العرب كذلك، وإن لحق ثم رجع وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو أنهم إن وجدوه قبل القسمة رد عليهم وإن وجدوه بعدها أخذوه بقيمته إن شاؤوا، ولو كان مثلياً فقد تقدم أنه لا يؤخذ لعدم الفائدة، ثم جواب هذا الكتاب أعني الجامع الصغير هو ظاهر الرواية لا يفصل بين أن يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بلحاقه أو قبله، أما إذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لأنه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب، وأما إذا عاد قبله فلأن عوده وأخذه ولحاقه ثانياً يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيتقرر موته وما احتيج إلى القضاء باللحاق ليصير ورثته ميراثاً إلا ليترجح عدم عوده فيتقرر موته، فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانياً بمنزلة القضاء، وفي بعض الروايات السير جعله فيئاً لأن بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكاً للورثة، والوجه ظاهر الرواية. **قوله** وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة خلافاً للأئمة الثلاثة والولاء والمكاتبة أي بدل الكتابة للمرتد مسلماً لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بالعبد له ولا إلى نقل الملك إلى الأب لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك فجعل كأن الابن وكيلاً عنه فإنه لما لحق بدار الحرب كان كأنه سلط ابنه على التصرف في ماله وحقوق العقد ترجع إلى الموكل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع العتق عنه فلهذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلماً، بخلاف ما إذا كان أدى بدل الكتابة إلى الابن فإن الولاء حينئذ يكون للابن. **قوله** وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال إسلامه خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا في مال اكتسبه في الردة والإسلام، أما أن الدية في ماله فلأن العواقل لا تعقل المرتد لأن تحميلهم العقل باعتبار نصرهم إياه بما يقوي الجاودة ولا نصرة منهم للمرتد، وأما أنه عنده في كسب الإسلام فقط فلأنه لا ملك عنده غيره وعندهما يملك الكل فيكون ما لزمه من الكل، وعلى هذا إذا غصب مالاً فأفسده يجب ضمانه في مال الإسلام، وعندهما في الكل، وعلى هذا لو لم يكن له كسب الإسلام وكسب في الردة يهدر الجناية عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما. وقوله وماله المكتسب ماله مبتدأ والمكتسب خبره، والأولى في مثله الإتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة إلا أنه تركه للابتداء إليه لفساد المعنى على الصفة، وجناية الأمة والمكاتبة المرتدين كجنايتهم في غير الردة لأن الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك اكتسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه، والجناية على المماليك المرتدين هدر. **قوله** وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع أو لحق ثم جاء مسلماً أو مات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة فيهما، أما الأول وهو وجوب نصف الدية فيما إذا مات فلأن القطع وإن وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلاً حلت المحل بعد زوال عصمته فأهدرت، إذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد، وأيضاً صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد، وإذا أهدرت السراية وجب دية اليد لأن هذا القدر وقع في زمن العصمة، وأقل ما فيه دية، بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك القطع فإنه لا يجب الضمان أصلاً لأن القطع وقع في وقت لا قيمة لها

وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتبا وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن المكاتب إنما يملك كسبه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالأدنى بطريق الأولى

فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا والمهدر لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يلحقه الإهدار بالإبراء فكذا بالردة وأما الثاني وهو وجوب نصف الدية إذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف ومعناه إذا اقضى بلحاقه فإنه صار ميتا تقديرا بالقضاء باللحاق والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى على أنها قتل لأنه ما ثبت سرايته بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة وأما إذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فمات فهو على الخلاف الذي نبينه قال شمس الأئمة الصحيح أنه على الخلاف وقال فخر الإسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي نبينه ما يذكر من أن على قول محمد رحمه الله يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تقدم وهي قوله وإن لم يلحق أي المقطوع يده مسلما إذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق فعند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف على القاطع دية كاملة استحسانا وعند محمد وزفر في جميع ذلك يعني الصور الأربع وهي ما إذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فأسلم نصف الدية قياسا ووجهه أن اعتراض الردة أهدر السراية حتى لو قتله قاتل لا شيء عليه فإذا أسلم بعد ذلك لا ينقلب بالإسلام إلى الضمان من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربي فأسلم لا يجب على القاطع شيء ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم لأنه مسلم وتمت فيه لأنه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة ابتداء السراية وهذا لأن تخلل ما كان في حال البقاء فقطعوا ما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لأن سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية إلا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في إيجابها والواقع أنه لا اعتبار بقيامها في ذلك فإنما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفي حال الموت فيثبت الحكم وهو الضمان وحالة البقاء بمعزل إذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى إذا قال لزوجته إن دخلت فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد إن فعلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في إيجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحول لينعقد السبب وفي آخره ليثبت حكمه هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المبسوط فإن قتل أو مات المقطوع يده من القطع مسلما فإن كان عمدا فلا شيء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند إيجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد **قوله** وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا في أيام ردته بقي بكتابته فأخذ بماله أي أسر وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه كتابته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما [illegible] لا تبطل بالموت فبالردة أولى وإذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فيشكل لأنه لا يملك كسب الردة إذا كان حرا أو ملكه أباه مكاتبا ووجهه أن المكاتب إنما ملك أكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في أكسابه وإذا لا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقي وقوله ألا ترى إلخ توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع إلى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لأن الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه فالاستدلال

To: www.al-mostafa.com

قوله واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما

ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر

ولد الولد وعن الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعاً للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة

اربعة مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة

على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فاولى ان لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فاذا منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر حاصله بدلالة ما له الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع ان الرق اقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فاولى ان لا يتوقف بسبب ردته والحاصل ان عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب لكونه في دار الاسلام واورد عليه بان كون احدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم انه لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز ان ينتفي التصرف اجيب مرة بان جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الا بدليل ومرة بان الكتابة مطلق التصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى احدهما وانضمام احدهما الى الآخر انضمام علة الى اخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة **قوله** واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الاسلام قال الولوالجي فلا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل ولا يجبر ولد الولد اما جبر الولد فلانه يتبع ابويه او احدهما في الدين فيكون مسلما باسلامهما ومرتدا بردتهما فلما كان مرتدا بردتهما اجبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لانه لا يتبع جده بل نظرة ابواه لقوله عليه الصلوة والسلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون ابواه هما الذين يهودانه الحديث اي يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل تبعا لابيه في الردة فيجبر مثله لان ردة ابيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا واصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف ابيه واذا لم يتبع الجد فيسترق او توضع عليه الجزية او يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر اهل الحرب اذا اسروا واما الجد فيقتل لا محالة لانه المرتد بالاصالة او يسلم وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان ولد الولد يجبر على الاسلام تبعا للجد فيجعل مرتدا تبعا له قال المصنف واصله التبعية في الاسلام يعني اصل الجبر على الاسلام تبعا للجد هو ثبوت الاسلام تبعا للجد وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد وفي رواية الحسن يكون تبعا احدها هذه والثانية صدقة الفطر للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا اب له او له اب معسر او عبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجب عليه والثالثة جر الولاء صورتها معتقة تزوجت بعبد وله اب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه وولاؤه لمولى امه فاذا اعتق جده لا يجر ولاء حافدة الى مواليه عن موالي امه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو اعتق ابوه والرابعة الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب وتقييد الحبل بدار الحرب ليس باحتراز عن الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة اعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق اولى لانه اذا اجبر مع انه علق في دار الحرب وللدار حرمة استتباع يقتضي انه ابعد عن الاسلام فلان يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام اولى هذا اذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما اما اذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي كذا ذكروا وصح لزم انهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الا بمزيل والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلما باللحاق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئا يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئا لانه بقي مسلما تبعا لامه فان قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع

قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الإسلام ولا يقتل وإسلامه إسلام لا يرث أبويه إن كانا كافرين
وقال أبو يوسف رحمه الله ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله إسلامه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الإسلام أنه
تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا ولأنه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه أن عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام
إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق والإقرار معه لأن الإقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف
والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالى بما يشوبه
لهم في الردة أنها مضرة محضة بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف رحمه الله لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما مر ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها
أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام

الاتباع في الإسلام ابتداء لا في البقاء بما كان ثابتا ألا ترى أن الحربي لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج إلى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه
لا يكون فيئا بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت ماتتان المسألتان وكذا إذا كانت الأم مسلمة والولد معه في دار الحرب لأن بالموت
يتأكد الإسلام ولا ينقطع **قوله** وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يرث منه وبه كان يقول
أبو يوسف رحمه الله ثم رجع وقال ليس بارتداد وإسلامه إسلام باتفاق الثلاثة فلا يرث أبويه الكافرين ويرث أقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له وتحل له
المؤمنة وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله أن أبا حنيفة رحمه الله رجع إلى قول أبي يوسف رحمه الله وقال زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله
إسلامه ليس بإسلام وردته ليس بارتداد ولهما أي زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله في عدم صحة إسلامه أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا لتنافي بين صفة الأصالة والتبعية
لأن الأولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم إسلامه يصح تبعا لأبويه فلا يجعل أصلا مستقلا به ولأنه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة من حرمان الإرث والفرقة
بينه وبين زوجته المشركة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق ولنا فيه أي إسلامه أن عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم إسلامه وافتخاره
بذلك مشهور أما افتخاره فما نقل من قوله رضي الله عنه سبقتكم إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلمي وأما ما عن الحسن أنه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه
أحد عليه سوى رواية عن أحمد ثم لم يصح بل الصحيح عنه أنه أسلم ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي واستقرار الحال يبطل رواية الخمس عشرة سنة لأنه إذا كان يوم البعث
ثمان سنين فقد عاش بعده ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم أسند
عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قتل علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فمتى قلنا إنه كان يوم إسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وسبعين
سنة ولم يقل أحد وأخرج البخاري في تاريخه عن عروة أسلم علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان سنين وأخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن إسحق أنه أسلم وهو ابن عشر
سنين وأخرج أيضا عن ابن عباس رضي الله عنه دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية إلى علي رضي الله عنه يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا
نص على أنه أسلم ابن سبع أو ثمان سنين وما ذكره الثعلبي وغيره في اتفاق الأعمار من أن كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما عاش ثلاثا وستين سنة
يقتضي أن عمره حين أسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن إسحق قال صاحب التنقيح ولأنه عليه السلام عرض الإسلام على ابن صياد
وهو غلام لم يبلغ وقد يقال لتصحيحه عليه الصلاة والسلام إسلامه أي ليتقي أحكام الآخرة فمسلم ولا منافي لتصحيحه في أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث أبويه
الكبار ونحو ذلك لم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الأحكام بل في العبادات فإنه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك فلم يوافق من قوله
صلى الله عليه وسلم صحت إسلامه أمكن أن ينصرف إليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو أوجه
قيل ومن أقبح القبائح أن لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه الصلاة قيل وأجاب عن الشافعي رحمه الله وكيف يصح اختياره الأم بوية عند الفرقة مع علمه أنه
إنما يختار من يطلق عنانه إلى هويته من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخيريته فإن قيل هو غير مكلف قلنا إنما يلزم ذلك إذا قلنا بالوجوب عليه قبل البلوغ
كما عن أبي منصور والمعتزلة ولم يجعل مسقطا للواجب لكنا إنما نجعله يصح ليترتب عليه الأحكام الدنيوية والأخروية ثم إذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ أجبر على الإسلام
بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغا وعن أحمد رحمه الله ومالك رحمه الله يقتل إن لم يعد إلى الإسلام قال المصنف رحمه الله ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق والإقرار
والتصديق الباطني يحكم به الإقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الأحكام المتعلقة بالباطن به وإذا كان قد أتى به فقد دخلت حقيقة الإيمان قائمة به
في الوجود فكيف يصح أن يقال لم تدخل لم يتصف مع الدخول والاتصاف فإن قال لا إيمان الذي نفيته هو المعتبر فما دخل في الوجود لا أنفيه لكن

الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا

اقول لا يعتبر شرعا فتلك دعوى عدم الاعتبار لمجرد وجود الحقيقة اما العدم اهلية الصحة وهو منتف لانه محل اهلا للنبوة كما في يحيى عليه السلام وهو فرع الايمان والاتفاق على اهليته للصلوة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما واما لعدم اهلية الوجوب فنلتزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا واما لحاجز شرعي وهو منتف ولا يليق ان يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه مع عقليته ومعرفته نعم مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الفرض كما انه لو كان يواظب الصلوة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنية اداء الواجب ابتداء لكنهم اتفقوا على انه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ اما عند فخر الاسلام فلانه يثبت اصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقليته دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكوة واما عند شمس الائمة فلا وجوب اصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد صار كالمسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين او لاسلامه وابواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يغفل عنه اهل الاجماع عن آخرهم واما قوله يشوبه ضرر قلنا ما تعلق به السعادة الابدية وتزول به توقع مضرة ابدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل بعينه ولا يبالي معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الآخر واما التنافي الذي ذكره فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا واصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل واقر مختارا فنقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي اصلا وفي المبسوط منع المنافاة واجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو نوته صارت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلها امرين يتايد احدهما بالآخر قال المصنف وهم في الردة يعني الشافعي وزفر ره وابا يوسف ره انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف ره لانه تعلق بهم اعلى المنافع ودفع اعظم المضار ولابي حنيفة ره ومحمد ره ما قلنا من انهما موجودة حقيقة بوجود حقيقتهما من الانكار والاقرار به ولا مرد للحقيقة فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر الا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقائق الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم او الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن ان يجعله عارفا اذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنية يجعل صائما شرعا فلو اكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما وكذا اذا صلى ثم افسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجاز كونه جاهلا في ذلك فان لم تكن حالية لذلك فمنعناها بخلاف القبول فان علمنا علمه بالمصلحة يجعله جاهلا واذا ثبت الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزم ضررها بالضرورة الا ترى انا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر **قوله** الا انه اي الصبي المرتد يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن ودفع اعظم المضار ولا يقتل وهذه رابعة اربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احدها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل كقول مالك ره والشافعي ره وقدمنا من قريب وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه ثبت

في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

تبعا لغيره صار شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وبه قال مالك واحمد وفي الاستحسان لا يقتل مرتدا لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر الثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على رأسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شيء ذكر الكل في المبسوط ولنا خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف رحمه الله في توجيه عدم قتله لانه اي القتل عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وبين ان الكلام كله في الصبي الذي يعقل الاسلام في المبسوط او كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بانه يعذب في الآخرة مخلدا فليس بمرحوم ونقل ذلك من اسرار المبسوط وجامع التمرتاشي وعزا التمرتاشي هذه الرواية الى التبصرة فالاولى في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة اسلامه انتهى ولفظه في المبسوط في هذه المسئلة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من اهل ان يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببه سائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شيء ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة وكذا لا يصح اسلامه وكذا المجنون لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه والسكران الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك رح واحمد رح في رواية والشافعي رح في قول وقال في قول آخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تبتني على تبدل الاعتقاد ونعلم ان السكران غير معتقد لما قال وفي وقوع طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم طلاق الناسي وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة احكام فارجع اليه في فصل ويقع طلاق كل زوج الخ **فرع** كل من ابغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالساب بطريق اولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تقبل توبته في اسقاط القتل قالوا هذا مذهب اهل الكوفة ومالك ونقل عن ابي بكر الصديق رضه ولا فرق بين ان يجيء تائبا من نفسه او شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابي لا اعلم احدا خالف في وجوب قتله واما قتله في حقه تعالى فتعمل توبته في اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى واذا تهود نصراني وعكسه لا نأمره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه اداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا اعتق المرتد عبده ثم اعتقه ابنه ثم مات المرتد او قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا ملك الا بعد الموت او حقيقة او حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم يسقط الدين فانه ينفذ والفرق في المبسوط عن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد فميراثه لمعتقه لا لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رح قال لا يقبل في القتل الا اربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة

باب البغاة

اهل العلم الا عند الشافعي رح في وجه في العبد الى سيده ومن اصاب حدا ثم ارتد ثم اسلم ان الزنديق لم يلحق بدار الحرب اقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقام عليه وعند الشافعي رح واحمد رح يقام مطلقا والمبنى ظاهر وقدمنا انه لا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يدين بدين وانما يبطن الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب ان يكون حكمه في عدم قبول توبته كالزنديق لان ذلك في الزنديق لعدم الاطمينان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله في الاخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله اما بان يشتر بعض الناس عليه ويسره الى من آمن اليه والحق ان الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق والزنديق ان كان حكمه ذلك فيجب ان يكون مبطنا كفره الذي هو عدم التدين بدين ومظهر تدينه بالاسلام او غيره الى ان ظفر به وهو عرفي والا فلو فرضناه مظهرا لذلك حتى تاب يجب ان لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم اذا اظهروا التوبة وكذا من علم انه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته وقال اصحابنا للسحر حقيقة في تاثيره في ايلام الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخييل وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين اهل العلم واعتقاد اباحته كفر وعن اصحابنا ومالك رح واحمد رح يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد بحرمته او لا ويقتل وقد روي عن عمر وعثمان وابن عمر رضي الله عنهم وكذلك عبد الله بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفي حديث مرفوع رواه الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القرآن ثنا ابن قانع ثنا بشر بن موسى ثنا ابن الاصفهاني ثنا ابو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربة بالسيف انتهى يعني يقتل كما قال وقصة جندب في قتله الساحر الكوفي عند الوليد بن عقبة مشهورة وعند الشافعي رح لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته واما الكاهن فقيل هو الساحر وقيل هو العراف وهو الذي يحدس ويتخرص وقيل هو الذي له من الجن من ياتيه بالاخبار قال اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وان اعتقد انه تخييل لم يكفر وعند الشافعي رح ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانها تفعل ما يلتمسه كفر وعند احمد رح حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر رض اقتلوا كل ساحر وكاهن وفي رواية ان تاب لم يقتل ويجب ان لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه واما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الارض لا بمجرد عمله اذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره

واذا طلب المرتدون الموادعة لا يجيبهم الى ذلك

باب البغاة قدم احكام قتال الكفار ثم عقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغي في اللغة الطلب بغيت كذا اي طلبته قال الله تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغي ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم قال الباغي في عرف الفقهاء الخارج على امام الحق والخارجون عن طاعته اربعة اصناف احدها الخارجون بلا تاويل بمنعة وبلا منعة ياخذون اموال المسلمين ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني قوم كذلك الا انهم لا منعة لهم لكن لهم تاويل فحكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان اخذوا مال المسلمين قطعت ايديهم وارجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتاويل يرون انه على باطل كفر او معصية توجب قتاله بتاويلهم وهم لا يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين واموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور اهل الحديث حكم البغاة وعند مالك رح يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض اهل الحديث الى انهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله عليه الصلوة والسلام يخرج قوم من آخر الزمان احداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من خير قول البرية يقرؤن القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه البخاري وعن ابي امامة انه راى رؤسا منصوبة على درج

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف
عن شبهتهم لأن عليا رضه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به

مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا أمامة هذا شيء تقوله قال سمعت النبي صلى الله
عليه وسلم قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم
يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة والنقل الأول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء
الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد
بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الحضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فإذا نفر خمسة
يشتمون عليا رضه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه فأتيت به عليا رضه فقلت إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك
فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقري فقال علي رضه خل عنه وقد كان عاهد الله ليقتلنك فقال أفأقتله ولم يقتلني قلت فإنه قد شتمك قال فاشتمه
إن شئت أو دعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن بالخارجين منعة لا يقتلهم وإنهم ليسوا كفارا لا يشترط شيء ولا يقتلوا إلا إذا استحلوا فإن من استحل قتل مسلم
فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤدي به إلى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تأويل وإلا لزم تكفيرهم
لأن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكر محمد أيضا حيث قال وبلغنا عن علي رضه أنه بينما هو يخطب
يوم الجمعة إذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضه كلمة حق أريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم
الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نادوا بقولهم لا حكم إلا لله وكانوا يتكلمون
بذلك إذا أخذ علي رضه في الخطبة ليشوشوا خاطره فإنهم كانوا يقصدون بذلك نسبته إلى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضه
كلمة حق أريد بها باطل لتضمنه تكفيره وفيه دليل أن الخوارج إذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه
لا يعذر بالتعريض بالشتم لأن نسبته إلى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم من مسلمين خرجوا على إمام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج
من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة **قوله** وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة إمام الناس وهي في أمان والطرقات آمنة دعاهم
إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم التي أوجبت خروجهم لأن عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء قبل قتالهم وليس ذلك بواجب بل مستحب
لأنهم قد بلغتهم الدعوة فلا تجب دعوتهم ثانيا بل تستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رضه لمعاذة أحرورية أنت وبسند
النسائي في سننه الكبرى في خصائص علي رضه إلى ابن عباس رضه قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلي رضه
يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلي أكلم هؤلاء القوم قال إني أخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار
وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس رضه ما جاء بك قلت أتيتكم من عند أصحاب النبي المهاجرين والأنصار ومن عند ابن عم النبي
صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت هاتوا
ما نقمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا أما إحداهن فإنه حكم الرجال في دين الله
وقد قال الله تعالى إن الحكم إلا لله قلت هذه واحدة قالوا وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغنم فإن كانوا كفارا لقد حلت لنا أسراهم وسبيهم وإن كانوا مؤمنين
لقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه أخرى قالوا وأما الثالثة فإنه محى نفسه من أمير المؤمنين فإن لم يكن أمير المؤمنين فإنه أمير الكافرين قلت أعندكم

ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري رح في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده رح ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع، وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة

شيء غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم ارأيتم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم انه حكم الرجال في دين الله فانا اقرأ عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال في ارنب ثمنها ربع درهم قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها انشدكم الله احكم الرجال في حقن دمائهم وانفسهم واصلاح ذات بينهم احق ام في ارنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دمائهم واصلاح ذات بينهم قال اخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم اتسبون امكم عائشة رض فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي امكم لئن فعلتم لقد كفرتم فان قلتم ليست امنا لقد كفرتم قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وازواجه امهاتهم فانتم بين ضلالتين فاتوا منها بمخرج اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه محى نفسه من امير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على ان يكتب بينه وبينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبتموني يا علي اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي رض فقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم الفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم فقتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم ان عبد الله بن شداد استحكته عائشة رض عن الذين قتلهم علي رض فقال لما كانت حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بارض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى ان قال فبعث اليهم علي عبد الله بن عباس فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكوا خطيبا فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فانا اعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب وواضعوه ثلاثة ايام فرجع منهم اربعة آلاف فيهم ابن الكوا حتى ادخلهم الكوفة على علي رض الى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم **قوله** ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه هكذا ذكر القدوري وهو ما قدمناه من قول علي رض ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا وذكر الامام الاجل المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة وهو قول مالك رح واحمد رح واكثر اهل العلم لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم اي البغاة مسلمون لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ثم قال فان بغت احدهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله ونحن ادرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم وذلك هو الاجتماع على قصد القتال والامتناع لانه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والفتنة يسرع اليها اهل الفساد وهم الاكثر والكفر ما اباح القتال الا لمحاربة والبغاة كذلك ويجب على كل من اطاق الدفع ان يقاتل مع الامام الا ان ابدوا ما يجوز لهم القتال لان ظلمهم او ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه بل يجب ان يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها انه ظلم مثل تحميلهم بعض الجبايات التي للامام اخذها والحاق الضرر بها لدفع ضرر اعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب من المنجنيق وارسال الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الاخت وكان ابن اخت القاضي الامام ابي ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد وكنيته ابو بكر واسم ابيه الحسين البخاري وهو معاصر شمس الائمة السرخسي وهو موافق له في اسمه وكنيته لان شمس الائمة اسمه محمد وكنيته ابو بكر بن سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين واربعمائة وفخر الاسلام ايضا معاصر لهما وتوفي سنة اثنتين وثمانين واربعمائة **قوله** واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رح من قوله

فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعاً لشرهم كي لا يلتحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رض يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تاويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي رح لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له ان مال المسلم لا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان علياً رض قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر

الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلوة والسلام من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من الصحابة رض كن حلساً من احلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد فهو محمول على ما اذا لم يكن لهم امام وما روى عن جماعة من الصحابة رض انهم قعدوا في الفتنة محمول على انه لم يكن لهم قدرة ولا تحمي وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال كما روى عن بعضهم انه اتى علياً رض يطلب عطاءه من بيت المال فمنعه علي رض وقال له اين كنت يوم صفين فقال ايتني سيفاً اعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله هذا وانما قال فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله وما روى اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار محمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين اهل القريتين والمحلتين او لاجل الدنيا والملكة قال الذهبي يصح عن ابي وائل عن ابي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال رأيت كان قباباً في رياض فقلت لمن هذه قالوا ذي الكلاع واصحابه ورأيت كان قباباً في رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر واصحابه فقلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضاً قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لان قتالهم عن اجتهاد **قوله** فان كان لهم فئة اجهز على جريحهم اي يسرع في اماتته واتبع موليهم على البناء للمفعول فيهما القتل والاسر دفعاً لشرهم كيلا يلتحقوا اي الجريح والمولى بهم اي بالفئة على معنى القوم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دون ذلك وهو المطلوب وقال الشافعي رح واحمد ايضاً لا يجوز ذلك اي الاجهاز والاتباع في الحالين حالي الفئة وعدمها لان القتال اذا تركوه بالتولية والجراحة المعجزة عنه لم يبق قتلهم دفعاً ولا يجوز قتلهم الا دفعاً لشرهم ولما روى ابن ابي شيبة عن عبد خير عن علي رض انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح ومن القى سلاحه فهو امن وسنذكره ايضاً ولا يقتل اسيراً وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته لان قتل من ذكرنا اذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعاً لانه لا يخيره الى الفئة ويعود شره كما كان واصحاب الجمل لم يكن لهم فئة اخرى سواهم **قوله** ولا يسبى لهم ذرية اذ لا ملك عليهم ولا يقسم لهم مال من المقاتلة لقول علي رض فيما روى ابن ابي شيبة ان علياً رض لما هزم طلحة واصحابه امر مناديه فنادى ان لا يقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان علي رض لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئاً فليأخذه وفي تاريخ واسط باسناده عن علي رض انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا اسيراً واياكم والنساء وان شتمن اعراضكم وسببن امراءكم ولقد رأيتنا في الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريدة او بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرك والبزار في مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن ام عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله اعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل اسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها واعله البزار بكوثر بن حكيم وتعقب الذهبي على الحاكم قال محمد بلغنا ان علياً رض القى ما اصاب من عسكر اهل النهروان في الرحبة فمن عرف شيئاً اخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فاخذه وقوله على نفي الاسير تاويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير وان كان عبداً يقاتل وان شاء حبسه والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس لما ذكرنا من دفع الشر بقدر الامكان وقع فيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى هذا الاستبدار ان يحكم بنظره فيما هو احسن الامرين من كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي واذا اخذت المرأة من اهل البغي وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا في حال مقاتلتها دفعاً وانما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة **قوله** لا باس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج اهل العدل اليه وكذا الكراع يقاتلون عليه وقال الشافعي رح لا يجوز استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا ترد قبله لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولنا ان علياً رض الخ يريد ما روى ابن ابي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده الى ابن الحنفية ان علياً رض قسم يوم الجمل في العسكر ما اجافوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولولا

قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

فقتلوا واخذوا عن تاويل ضمنوا اذا تابوا او قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه اجماع الصحابة رض رواه الزهري قال عبد الرزاق في مصنفه ثنا معمر قال اخبرني الزهري ان سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم رجعت الى اهلها تائبة قال فكتب اليه اما بعد فان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حدا في فرج استحلوه بتاويل القرآن ولا قصاص في دم استحلوه بتاويل القرآن ولا يرد مال استحلوه بتاويل القرآن الا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه واني ارى ان ترد على زوجها وان يحد من افترى عليها قال المصنف رحمه الله ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد من التاويل ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع اي نفي الضمان وصار كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم ولا يخفى ان هذا الاعتبار وهو الالحاق للفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة ينقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستندا الى الاجماع المنقول من الصحابة رض والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن الزامه ثابتا فاذا ثبت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقول الشافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة معينة بما ذكرنا كان ذلك اصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول ابو يوسف رح الحاق التاويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة رض كان في دفع الضمان والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق فالحاقه به بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة رض جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لولاه لثبت لثبوت اسباب الثبوت الا ترى انه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث **قوله** ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لانه يقاتل بعينه لا ما لا يقاتل به الا بصنعة تحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها ولا يكره بيع الخشب المتخذة هي منه وعلى هذا بيع الخمر لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح ان الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرية **فروع** اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من القوة عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لانهم مسلمون ومثله في المرتدين الا انهم اذا اخذوا وملكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب اهل البغي تقدم انهم لا يضمنون ما اتلفوا وفي المبسوط روي عن محمد رح قال افتيهم بان يضمنوا ما اتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم بذلك في الحكم قال شمس الائمة وهذا صحيح فانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطاؤهم الا ان ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيفتون به ولو استعان اهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما ان هذا الفعل من اهل البغي ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا ملتزمين حكم الاسلام في المعاملات وان يكونوا من اهل الدار وحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على ان ايهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر اهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك اهل البغي او يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة او باعطائنا الامان لهم حين اخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكن يحبسون مخافة ان يرجعوا الى قبيلتهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى

بالحاق

كتاب اللقيط

يسلموا فان ابوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لانهم خلصوا من ايدينا آمنين وحكي ان المنصور كان ابتلي به مع اهل الموصل ثم انهم غدروا وقتلوا رهنه فجمع العلماء ليستشيرهم في رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ابو حنيفة رحمه الله ساكت فقال له ما تقول فقال ليس لك ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل لك شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر اخرى فاغلظ عليه القول وامر باخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشيء الا اتيتني بما اكره ثم جمعهم من الغد وقال تبين لي ان الصواب ما قلت فماذا نصنع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لا علم لنا فقال ابو حنيفة رحمه الله توضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام في دارنا على التأبيد والكافر اذا رضي بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه قال اذا آمن رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي جاز امانه لانه ليس اعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج الى مناظرته ليتوب ولا يتاتى ذلك ما لم يأمن كل من الآخر ومنه لمن يقول لا بأس عليك ولا يجوز امان الذمي اذا كان يقاتل مع اهل البغي ولو ظهر اهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من اهله ليس من اهل البغي صح وعليه ان يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل فان كتب ذلك القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل بحق لرجل من اهل مصره بشهادة من شهد عنده ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من اهل البغي اجازه وان كانوا من اهل البغي او لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم انه منهم ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضي اهل البغي لانهم فسقة ويكره ان تعد رؤسهم فيطاف بها في الآفاق لانه مثلة وجوزه بعض المتأخرين اذا كان فيه طمأنينة قلوب اهل العدل او كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل ابيه او اخيه من اهل البغي بخلاف اخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان حرمة الاسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من اهل العدل في صف اهل البغي فقتله رجل من اهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف اهل الحرب لانه اهدر دمه حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا وهذا لبقاء شبهة الاباحة في دمه واذا حمل العادل على الباغي فقال تبت والقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عني حتى انظر لعلي اتوب والقى السلاح ولو لم يلق السلاح في صورة من الصور كالمبيح قتله ومتى القاه كف عنه بخلاف الحربي و لا يلزم الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب اهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من اهل البغي فارادوا ان يسبوا ذراري اهل المدينة وجب على اهل البلد ان يقاتلوا دون الذراري لانهم لا يسبون فوجب قتالهم اذا وادع اهل البغي قوما من اهل الحرب لم يحل لاهل العدل غدرهم لانهم مسلمون وامان المسلم اذا كان في منعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من اهل العدل ان يشتري منهم ولو ظهر اهل البغي على اهل العدل فلجأوا الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا المشركين مع اهل الشرك لان حكم اهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم ان يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك هو الظاهر ولا بأس ان يستعين اهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم او من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر اهل العدل فرفعت اقضيته الى قاضي اهل العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأي بعض المجتهدين لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ وان كان مخالفا لرأي قاضي العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهروا عليهم سبيا اهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة بهم امانا منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ما قدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخلوا الا ليقاتلوا المسلمين +

كتاب اللقيط

عقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال بعرضة الفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق بها مقدم على المتعلق بالمال واللقيط لغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المطروح خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنا باعتبار المآل لانه يؤول الى ان يلتقط في العادة كالقتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه لا لتعلقه بما سنذكر اليه

اللقيط سمى به باعتبار ماله لما انه يُلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب
قال اللقيط حرّ لان الاصل فى بنى آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته
فى بيت المال هو المروى عن عمر وعلى رضه ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد
الذى لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع فى الانفاق
عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضى به ليكون دينا عليه لعموم الولاية **قال**
فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده

من احياء نفس مسلمة فلو لم يغلب على الظن ضياعه فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا وقول الشافعى رح وباقى الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف
هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف ثم اذا غلب على الظن ضياعه او هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذى ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا
لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعى **قوله** اللقيط حر كان الملتقط عبدا اى فى جميع احكامه حتى يحد قاذفه والجناية
عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف امه لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد على احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية لان الاصل فى بنى آدم الحرية
لانهم اولاد خيار المسلمين آدم وحوا وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب وهو الغالب
فى جميع الدنيا الاحرار **قوله** ونفقته فى بيت المال اى اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف واصله ما روى مالك رح فى الموطا عن سنين ابى جميلة رجل
من بنى سليم انه وجد منبوذا فى زمن عمر بن الخطاب رضه فجئت به الى عمر رضه فقال ما حملك على اخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه
يا امير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته وعن مالك رح رواه الشافعى رح فى مسنده وقال البيهقى وغيره الشافعى رح
يرويه عن مالك رح ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال انبانا مالك عن ابن شهاب حدثنى ابو جميلة انه وجد منبوذا
على عهد عمر بن الخطاب رضه فاتاه به فاتهمه عمر رضه فاثنى عليه خيرا فقال عمر رضه هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال وتهمة عمر رضه دل عليها ما فى رواية محمد رحمه فى حديث
ابى جميلة ان قال له عسى الغوير ابؤسا وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه واول من قالته الزباء وما قيل فيه دليل على ان الملتقط ينبغى ان يأتى به الى
الامام او لا ليس بلازم نعم من لم يشرع بالانفاق وقصد ان ينفق عليه من بيت المال كما فعل ابو جميلة يحتاج ان يأتى به اليه فاذا جاء به الى الامام لا يصدقه فى خروج
من بيت المال نفقته الا ان يقيم بينة على الالتقاط لا بمعناه انه ولذا قال عمر رضه عسى الغوير ابؤسا والوجه انه لا يتوقف على البينة بل يرجح صدقه الا ترى ان عمر رضه
لما قال عريفه انه رجل صالح انفق عليه فان هذه البينة ليست على او ضاع البينات فانها لم تقم على خصم جاحد وانما كانت ترجح صدقه فى اخباره بالالتقاط و
كذا قال المبسوط وهذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم يكن على خصم قال الواقدى وحدثنى محمد بن عبد الله ابن اخى الزهرى عن سعيد بن
المسيب قال كان عمر رضه اذا اتى بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصى به خيرا ويجعل رضاعه فى بيت المال ونفقته وروى عبد الرزاق ثنا سفيان
الثورى عن زهير بن ابى ثابت عن ذهل بن اوس عن تميم انه وجد لقيطا فاتى به الى على رضه فالحقه على مائة ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فتجب
نفقته عليهم فكانت فى بيت المال كالمقعد الذى لا مال له ولا ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان اى لبيت المال غنمه اى ميراثه وديته حتى لو وجد
اللقيط قتيلا فى محلة كان على اهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله
عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم فى شكله فعليه غرمه ولهذا كانت جنايته فى بيت المال وبه احتج محمد رح بحديث الحسن ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا
فقال هو حر ولان اكون وليت من امره مثل الذى وليت منه احب الى من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهى
الاثبة لانه لا ينبغى للامام ان يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو احق به **قوله** والملتقط متبرع بالانفاق
عليه لعدم ولايته على ان يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب الا انه يأمر القاضى به فيكون دينا عليه يعنى بهذا القيد بان يقول انفق عليه
ليكون ذلك دينا عليه فظاهر المختصر المذكور فى قوله الا ان يأمره الى آخره بقيد انه لو امره ولم يقل ليكون دينا لا يرجع بما انفق وهو كذلك فى الاصح
لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا الترغيب فى اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان امر القاضى

كفالته

فائدة

فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوى احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره

كان اللقيط بنفسه اذا كان كبيرا لعموم ولاية القاضي فاذا انفق بالامر الذي يصيره دينا عليه فبلغ فادعى انه انفق عليه كذا وان صدق اللقيط رجع بنفسه وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة **قوله** فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني سابقا على دعوى المدعي او مقارنا اما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج اولى وان ادعياه معا فالملتقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلم لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وهو الذي يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسان والقياس ان لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه اذ يعير به ويحصل له من القوم تربيته ومؤنته راغبا في ذلك غير ممتن به وبد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحة هذه اللازمة ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب اتصال هذا النفع اليه لان الاب احق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشائخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم ان عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعة الولد والملتقط وليس بشئ واما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد فقيل يصح قياسا واستحسانا لانه ليس فيه قياس يخالف والصحيح انهما ايضا فيه الا ان وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض ووجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي احال المصنف عليه ولو ادعاه اثنان خارجان معا فوصف احدهما علامة في جسده فطابق فهو اولى به من الآخر الا ان يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة او كان مسلما وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم ولو اقاما البينة واحدهما ذمي كان ابنا للمسلم ولو لم يصف احدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو اقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة احدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع فيه وانما قدم ذو العلامة لترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ادعاء اثنين عينا في يد ثالث وذكر احدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضي له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح احد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام احدهما البينة انه كان في يده قبل ذلك كان احق به لظهور تقدم اليد وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القافة على ما قدمناه في باب الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن احمد رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يلحق باكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين وعن ابي حنيفة انه جوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا تقبل الا ببينة لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأتان واقامتا البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية ابي حفص وعندهما لا يكون واحد منهما وهو رواية عن ابي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان اللقيط محتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث فلا يصدق الا ببينة على ذلك **قوله** واذا وجد اللقيط في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصر الكفار ثم رجعوا فظهرنا عليه اولا

وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك

ولا بين كونه فيه كفار كثيرون او لا فان ادعاه ذمي انه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلما استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه منه الا ان في ثبوت نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت شيئين ثبوت النسب وهو نافع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضار وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بان اسلمت امه فصحت دعوته فيما ينفعه في ثبوت النسب دون ما يضره الا اذا اقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا وذكر ابن سماعة عن محمد رح في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه زي اهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك ان يكون في رقبته صليب او عليه قميص ديباج او وسط راسه مجزوز انتهى ولا ينبغي ان يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيرا ما يفعلونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب ان ينزع من يده اذا قارب ان يعقل الاديان كما قلنا في الحضانة اذا كانت الام المطلقة كافرة قوله وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة في دار الاسلام كان ذميا كذا قال القدوري رح قال المصنف رح هذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان او في قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة او كان الواجد ذميا لكن وجده في مكان المسلمين فقد اختلفت الرواية فيه وفي كتاب اللقيط العبرة بالمكان في الفصلين وهو ما اذا كان الواجد مسلما في نحو الكنيسة او ذميا في غيرها في دار الاسلام وعليه مشى القدوري هنا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح وفي كتاب الدعوى اختلف النسخ في بعض النسخ اعتبر الواجد في الفصلين وهو رواية ابن سماعة في الفصلين لان اليد اقوى من المكان الا يرى ان الصبي المسبي اذا سبي مع احد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلى عليه اذا مات وفي بعض نسخه اي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام اي ما يصير الولد به مسلما نظرا للصغير ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك وعلى هذا لو وجده كافر في دار الاسلام او مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور اربعا اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم او كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهو مسلم في كنيسة او كافر في نحو قرية للمسلمين وفي كفاية البيهقي رح قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم اي يعرف المجرمون بسيماهم وفي المبسوط لو اختلط الكفار يعني موتانا بموتاهم فالفصل بالزي والعلامة فلو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لان الاصل الحرية لما قدمنا الا ان يقيم بينة لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه محق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فانه يزول بلا بينة على الاوجه والفرق ان يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي اوجبت اعتبار يد الملتقط فزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة قوله فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فيكون الاب عبدا والولد حرا لانه يتبع امه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه رقه فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك ولو ادعت ولادته الى امرأته فان اضافت الى امرأته الامة ففيه خلاف بين ابي يوسف رح ومحمد رح ذكره في الذخيرة ان الولد حر عند محمد رح وعند ابي يوسف رح عبد فمحمد رح يقول في دعوى العبد نفع هو النسب وضرر هو الرق واحدهما ينفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وابو يوسف رح يقول ما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضروراته تبعا كحكم رقه تبعا بخلاف الذمي فانه ليس من ضرورته ثبوت كفره لجواز ان يكون الام مسلمة على هذا لو قال الذمي ابن زوجتي الذمية لا يصدق فيما

والحر في دعوة اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي ترجيحا لما هو الأنظر في حقه وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا إذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لأنه للقيط ظاهرا وله ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لأنه من الإنفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في مال الملتقط اعتبارا بالأم وهذا لأن ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما قال ويجوز أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها قال ويسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه ووجه الثاني أنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الأم لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى

قوله والحر في دعوة اللقيط أولى من العبد يعني إذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا أنه إذا كان الملتقط ذميا وادعاه مسلم خارج رجح عليه وكذا إذا ادعى الذمي أنه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذمي لأنه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم بإسلامه ولا كذلك في دعوى رقه إلا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقا كما أن الذمي إذا ادعاه ابناله وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور فذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لأن العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى وكذا لو أقر بعين في يده لآخر وكذبه المولى لا يصح إقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد مأذونا في التجارة فالقول قول العبد لأن للمأذون يدا على نفسه حتى صح إقراره بما في يده لغير السيد وإن كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا إلا أن يقيم سيده بينة أنه عبده قوله وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكل له بلا خلاف اعتبارا للظاهر أي دفع ملك غيره عنه ثم ثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله لما ذكرنا يريد قوله اعتبارا للظاهر ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع أي لا حافظ له ومالكه وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وكذا الغير الواجد بأمره والقول قوله في نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي أيضا لأنه للقيط كما حكمنا به وللواجد الإنفاق وشراء ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لأنه من الإنفاق وشراء ما لا بد له عطف على ولاية من قوله وله ولاية الإنفاق أي للواجد ولاية الإنفاق وله شراء ما لا بد للقيط منه قوله قال محمد رحمه الله ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط واللقيطة لانعدام سبب ولاية الإنكاح من القرابة والملك والسلطنة وهذا بلا خلاف ولا تصرفه في ماله بالبيع والشراء شيء يستحق بالثمن دينا عليه لأن الذي إليه ليس إلا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اعتبارا بالأم فإنها لا تجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك أولى وهذا أي عدم تصرف كل من الأم والملتقط بالبيع ونحوه لأن ولاية التصرف إنما هو لتثمير المال وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل فالشفقة الوافرة والموجود من كل منهما أحدهما لأن في الأم شفقة كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة ونظيره ما ذكر المصنف رحمه الله بناء ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة إذا بلغت وقد زوجها غير الأب والجد من كتاب النكاح قوله ويجوز أن يقبض أي الملتقط للقيط الهبة والصدقة عليه لأنه نفع محقق ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها قال القدوري رحمه الله ويسلمه في صناعة لأنه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصناعة عن الفساد ثم قال القدوري رحمه الله ويؤاجره لأنه من التثقيف يعني التقويم وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية قال المصنف رحمه الله وهو الأصح لأنه لا يملك إتلاف منافعه فلا يملك تمليكها فأشبه العم بخلاف الأم لأنها تملك إتلاف منافعه بالاستخدام والإعارة بلا عوض فبالعوض بالإجارة أولى **فروع** ادعاه الملتقط عبدا له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق إلا ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة بها لأن نسبه ثبت بمجرد دعواه وأثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما يقضى به للمسلم لأنه محكوم له بالإسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولأنه يعلم أحكام الإسلام بخلاف الكافر وإذا بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه إن كان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه صح إقراره وصار عبدا لأنه غير متهم فيه وإن كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي أقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعد ما كبرت إن كان

الخانية

كتاب اللقطة

قال اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس

بعد التزويج صح وكانت امة للمقر له فلا يصدق في ابطال النكاح لان الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو طلق فتزوج امرأة ثم اقر انه عبد لفلان والمرأة عليه صداق وصداقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم في اقراره هذا وكذا اذا استدان دينا او بايع الناس او كفل كفالة او وهب او تصدق او سلم او دبر او كاتب او اعتق ثم اقر انه عبد لفلان لا يصدق في ابطال شيء من ذلك لانه متهم وتقدم ان ميراثه لبيت المال فلو اقر به والا رجلا بعينه او ترك الملتقط او غيره ان كان قبل ان يتأكد ولاؤه لبيت المال بان جنى جناية وعقل بيت المال فلا يصح لا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز ان لم يتأكد لبيت المال فلان يوالي من شاء فصار كالذي اسلم من اهل الحرب له ان يوالي من شاء الا ان جنى فعقل بيت المال

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وبسكونها للمفعول كضحكة وهزؤة للذي يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تتبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار انه داع الى اخذه بمعنى فيه نفسه كانه الكثير الالتقاط مجازا والا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي ان بفتح القاف اسم للمال ايضا محمول على هذا يعني يطلق على المال ايضا ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتقشفة انه لا يحل له لانه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين قوله قال احمد رحمه الله الترك افضل اما الحل فلانه عليه الصلوة والسلام لم ينه عن ذلك ولا انكر على فاعله بل امر بتعريفها على ما سنذكره واسند اسحق بن راهويه عنه عليه السلام من اصاب لقطة فليشهد ذوا عدل واما افضلية الترك فلان صاحبها يطلبها في المكان الذي سقطت فيه لو لم يذكر خصوص المكان فاذا تركها كل احد فالظاهر ان يجدها صاحبها لانه لابد عادة ان يعيد في ذلك المكان مرة اخرى في غيره ولان الظاهر ان سقوطها في اثناء الطرقات التي يمر بها او يجلس فيها عادة امره وعادة الفقهاء على انه اليه وقيده الطحاوي وغيره بما اذا كان يأمن على نفسه فان كان لا يأمن تركها ولانه يجوز ان تصل يد خائنة اليها فان غلب على ظنه ذلك ان لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم ردها الى مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره

قوله اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو افضل وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الخ واذا كان كذلك يعني اذا كان اشهد واذا كان امانة بان اشهد لا تكون مضمونة عليه فلو هلكت بغير صنع لا ضمان عليه وكذا اذا صدقه المالك في قوله انه اخذها ليردها فصار تصادقهما كالبينة على ذلك ولو اقر انه اخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد وقال اخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن وبه قال الشافعي ومالك واحمد وفي شرح الاقطع ذكر محمد مع ابي يوسف والقول له مع يمينه انه اخذها ليردها لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اختياره الحسبة لا المعصية ولان الاخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا اخذ ان لم يكن الظاهر انه اخذه للمالك فاقل ما في الباب ان يكون مشكوكا في انه اخذه له او لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره ابو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملا لنفسه فان قال كون اخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت ان هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ما ذكرنا من رواية اسحق من اصاب لقطة فليشهد ذوا عدل وهذا الاختلاف

قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرّفها اياماً وان كانت عشرة فصاعداً عرّفها حولاً قال العبد الضعيف وهذه رواية عن ابى حنيفة رح وقوله اياماً معناه على حسب ما يرى الامام وقدره محمد رح فى الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعى رح لقوله عليه السلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد فى لقطة كانت مائة دينار تساوى الف درهم والعشرة وما فوقها فى معنى الالف فى تعلق القطع به فى سرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست فى معناها فى حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطاً وما دون العشرة ليس فى معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راى المبتلى به

فيما اذا امكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع او خاف انه ان اشهد اخذه منه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه فى معنى من الاشهاد كذا قال ويكفيه فى الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه على او عندى ضالة او شئ فمن سمعتموه الخ فاذا جاء صاحبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة واحدة او اكثر لانه اى اللقطة بتاويل الملتقط اسم جنس ولا يجب ان يعين ذهباً او فضة خصوصاً فى هذا الزمان قال الحلوانى ادنى ما يكون من التعريف ان يشهد عند الاخذ ويقول اخذتها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهاداً وقول المصنف رح يكفيه من الاشهاد ان يقول الخ يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام ان يكون الاشهاد الذى امر به فى الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلوة والسلام من وجد ضالة فليشهد معناه فليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عندهما المالك التعريف اى الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلاً والا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول ثم على هذا الخلافية ابى يوسف رح فيما اذا لم يعرفها اصلاً حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها وانه اخذها لذلك وقولهما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد اى بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما امره شرعاً فى الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه اخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد اى التعريف وقت الاخذ لا بد منه قبل الهلاك ليعرف به انه اخذها للرد لا لنفسه حينئذ ثم ذكر فى ظاهر الرواية من انه اذا اخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها فى مكانها بعدما ذهب ثم رجع ظاهر لانه لم يأخذها لنفسه وينتفى الضمان عنه وقيده بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم اعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها اولى والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفى وجه التضمين بكونه مضيعاً مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ قوله فان كانت اقل من عشرة دراهم عرّفها اياماً وفسر المصنف رح بحسب ما يرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روى عن ابى حنيفة رح ان كانت مائتين فصاعداً عرّفها حولاً وان كانت اقل من مائتين الى عشرة عرّفها شهراً وان كانت اقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفيه رواية اخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعداً يعنى الى العشرة يعرفها عشرة ايام وان كانت درهماً فصاعداً يعنى الى ثلاثة يعرفها ثلاثة ايام وان كانت دانقاً فصاعداً يعرفها يوماً وان كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه فى كف فقير قال شمس الائمة شئ من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا اخذ بالرواية التى ذكرنا ما قبلها وهو جيد والظاهر انه انما قدر بذلك التقديرات فى التفاصيل لغلبة الظن ان المالك فى تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة الظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد رح فى الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعى رح واحمد رح لقوله عليه الصلوة والسلام ما سنذكره وكذا روى عن عمر رض وعلى رض وابن عباس رض وجه ما ذكر المصنف رح من قوله عليه الصلوة والسلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل وفيه الفاظ منها ما رواه البزار عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل وحضر لا تحل اللقطة اى لا تحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفى الصحيحين عن زيد بن خالد الجهنى سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فان جاء صاحبها فادها اليه وجه الاول ان التقدير بالحول ورد فى لقطة كانت مائة دينار تساوى الف درهم والعشرة فما فوقها فى معنى الالف شرعاً فى تعلق القطع به وتعلق استحلال الفرج به وليست فى معناها فى حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول الحاقاً لها بما فيه الزكوة من المائتين فما فوقها

وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به وإن كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها وفي الجامع لأن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها وإن كانت شيئا يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لأن التمليك من المجهول لا يصح قال فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها إيصالا للحق إلى المستحق وهو واجب بقدر الإمكان وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته التصدق بها وإن شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فإن جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته والملك يثبت للفقير قبل الإجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الإجازة فيها وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه إلا أنه بإباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله

احتياطا وما دون الدرهم ليس في معنى الألف شرعا بوجه ففوضنا التعريف فيها إلى رأي المبتلى به والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ لمسلم عن أبي بن كعب قال أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته بها فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها وهذا يقتضي أن حديث العام على حد المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة من غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره قوله وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ولا التقدير بالعام ويفوض إلى رأي المبتلى بها يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وهذا ذكره شمس الأئمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فإنه يعرف به أن ليس السنة بتقدير لازم بل بما يقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه بعد المدة أولى وهذا يختلف باختلاف خطر المال ألا ترى أن المال لما كان ذا خطر كبير أمره عليه الصلاة والسلام أن يعرفه ثلاث سنين قوله وإن كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به قال المصنف وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه وفي الجامع يعني الأسواق وأبواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم أن ظاهر الأمر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفا وعادة وإن كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة لكن يجب حمله على المعتاد من أنه يفعله مرة بعد وقت ويكرر ذلك كلما وجد مظنة وما قدمنا من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة وهو من دفع الضمان عند الرجوع فإن يذكر بالمرة بعد أخرى قوله وإن كانت اللقطة شيئا يعلم أن صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة فيجوز الانتفاع بها للواجد بلا تعريف وعنه صلى الله عليه وسلم أنه رأى تمرة على الطريق فقال لولا أني أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها ولا يعلم خلاف فيه بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى إذا وجدها في يده له أخذها لأن الإباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وإنما كان إلقاؤها إباحة لا تمليكا لأن التمليك من المجهول لا يصح وذكر شيخ الإسلام أنها لو كانت متفرقة فجمعها ليس لمالكها منه لأنه لا يصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل في مكان يفتي الصدر الشهيد بأنه غير موضع تقييد هذا الجواب يعني يصح الانتفاع بها بما إذا كانت متفرقة فإن كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها إنما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها وعن مسائل سقطت منه أو وضعها ليرفعها وعن أبي يوسف لو جز صوف شاة ميتة كان له أن ينتفع به ولو وجد صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذها بعدما يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والنوازل والكبرى والحطب في الماء لا بأس بأخذه قوله فإن جاء صاحبها أخذها وإلا تصدق بها أو أكلها إن كان فقيرا أو يتصدق عنها بإذن الإمام ويتملكها إن شاء وإن شاء أمسكها أبدا حتى يجيء صاحبها وإذا خشي الموت يوصي بها كيلا تدخل في المواريث ثم الورثة أيضا يعرفونها ويقتضي النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا لأنهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا إذ لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك أن تصدقهم تعيينا ويجري فيه خلاف أبي يوسف وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب فإن جاء صاحبها بعد التصدق فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذن المالك فصار الثواب له إن أجاز لكن يحصل ثم الرسول بوجه كذلك قبل بخرق الإذن والإجازة والرضا يصير كأنه فعل بنفسه وهذا كأنه قيل الملك يثبت قبل الإجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون محل الملك بعد استهلاك الفقير فأجاب بأن ذلك فيما يتوقف فيه الملك على الإجازة

قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا

على ملك مالكها بلا الزام دين عليه كما يفعل باصل الآبق وان لم تكن له منفعة او لم يجد من يستاجرها وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة فان الثمن يقوم مقام العين او يصل الى مثله في الجملة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن له في ذلك وجعل النفقة دينا عليه اذ فيه نظر من الجانبين جانب المالك بابقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع قال المشايخ انما يأمر بالانفاق يومين او ثلاثة على قدر ما يرى ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين وتفضل الدين على مالكها ولا نظر في ذلك اصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك الامر للتيقن بعدم النظر واذا باعها اعطى الملتقط من ثمنها ما انفق في اليومين او الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه ولا للقاضي ان يبيعه عليه ولو باعها بغير امر القاضي لا ينفذ بل يتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة في يد المشتري فان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله واخذها من بائعه وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لانه ملك اللقطة من حين اخذها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة وفي الاصل يعني المبسوط شرط البينة فانه قال فان كان رفعها الى القاضي واقام بينة انه التقطها امره ان ينفق وتصحيح المسألة لانه يحتمل انه غصبها ولا يأمر بالنفقة الا في الوديعة وهذه البينة لكشف الحال اي لينكشف للقاضي انه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم لذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها وان قال الملتقط لا بينة لي يقول له انفق عليها ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بان يقول مرة بالانفاق والبيع ان كان البهيمة ايتها وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع اذا شرط القاضي ذلك وهذه رواية وهو الاصح وقيل يرجع بمجرد امره وقد مر في اللقيط واذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك منه فاشبه البيع منه واقرب من ذلك رد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا من التشبيه بالبيع ولا يسقط دين النفقة بهلاكها في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له ان يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو بعد حبسه سقط لانه كالرهن بعد اعتبار الحبس كذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي ايضا فيفهم انه المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر قال في التقريب قال اصحابنا لو انفق على اللقطة بامر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها اي العين عقد يوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم اعني السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذ لم يتقدم لها عقد الرهن والمصنف اوجد الدليل وهو الحاق بالرهن وان لم يكن رهنا حقيقة لكن النقل كما رايت واما ما نقل عن ابي يوسف انه ليس له حبسها اصلا فغريب **قوله ولقطة الحل والحرم سواء** وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول وفي قول يعرفها ابدا حتى يجيء صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله عليه الصلوة والسلام فيما ثبت في الصحيحين من حديث ابي هريرة لما فتح الله على رسوله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لاحد قبلي وانما احلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد والحديث المنشد المعرف والناشد الطالب

وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا

قال المصنف يسع اللقطات اسم الحشائش المنتشرة لنا شعر غير ... وهو معناه والفعل من الاول انشد الضالة ينشدها نشدا ونشدانا اذا عرفتها ومن الثاني نشدتها انشدها نشدا ونشدة ونشدانا بكسر النون اذا طلبتها ولنا اطلاق قوله عليه الصلوة والسلام في حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال اعرف عفاصها اي وعاءها من جلدة او خرقة ونحوها ووكاءها اي رباطها الذي شدت به ثم عرفها سنة وتقدم تمامه ان العام المخاص ... بيعارضا ... كل ... ولكن العارض ... الا لمن يعرف ... تخصيص ... حينئذ لرفع ... التعريف بها بسبب ان ... من ... تعرفوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما ... اباحة فبين عليه الصلوة والسلام انها ليست ... البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم انه عليه الصلوة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجيء صاحبها ولا محل ... في هذا ... السرقة بمكة من ... الحكام اذا علم شرعيتها اعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده تضمن مفسدة بتقدير شرعيته على ... بخلاف العلم بشرعيتها بسبب ذا ... ابقاؤه ولا مفسدة في البقاء فانه لا يلزم فيه ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لا البلاد قوله واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي واحمد في رواية يجبر ... علامتها ان يخبر بوزنها وعددها ووكائها ... ذلك ... الشافعي ... والموجب للدفع مالك واحمد واحتجا بقوله عليه الصلوة والسلام فيما اخرجه مسلم في حديث ابي بن كعب ... فان جاء احد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فاعطها اياه ... فان جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فاعطها اياه ... فان صاحب اليد ... لا يدعيه فكانت منازعة من وجه دون وجه فيشترط ... من وجه ... بالوصف ... لا يشترط البينة لعدم منازعته في الوجهين جميعا ولنا ان اليد حق مقصود كالملك حتى ... يضمن قيمته ... غير اليد فيكون ... لا يستحق الا بالبينة ... الدفع عند اصابة العلامة بالحديث الذي رووه بناء على ان الامر فيه للاباحة ... وبين الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ... ان شاء الله تعالى في الدعوى ... صاحب اللقطة ... البينة ثم ... بالعلامة يأخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب فانه ... عند ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء والورثة لا يؤخذ منهم كفيل ... الوارث كفيل ... وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر ... ثابت ... يكون الملك لغيره ... الآخذ ... بالكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره ... موهوم فلا يؤخر الحق الثابت الى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم وهذا يدل على ان دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر ... ان فيه روايتين والصحيح انه لا يأخذ ... على ... الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء ... المواريث ... في اخذ الكفيل عند دفع اللقطة ... والاصح انه على الخلاف على قول ابي حنيفة ... فان صدقه مع العلامة ... فلا شك في جواز ... وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبر ... على دفعها اليه ودفع بالفرق بين المالك ههنا غير ظاهر ... اللقطة ... غير ظاهر المودع في مسئلة الوديعة ... بخلاف ... قبضها واقراره ... قبض ملك الغير ... لانه اقر على ملك غيره والاول ... بالتصديق او بالعلامة وجاز ... البينة ... ان كانت قائمة في يد المدعي ... وان كان ... الملتقط فان ...

ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة وإن كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث أبي فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها وكان من المياسير ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع فيبقى ما وراءه على الأصل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه وإن كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنيا لما ذكرنا والله أعلم

لا يرجع على أحد وإن ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الإمام أحمد فيما إذا كان الدفع بتصديقه وفي رواية يرجع وهو الصحيح وجه قول محمد أن الملتقط اعترف أنه مالكها وصاحب البينة ظالم بتضمينه فلا يظلم هو وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم في تضمينه ولنا أنه وإن صدقه في الملك لكنه لما قضي بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل إقراره وصار كأنه دفع بلا تصديق ثم ظهر الأمر بخلافه وصار كإقرار المشتري بالملك للبائع إذا استحقه غيره بالبينة فقضي له يرجع على البائع وإن سبق منه الإقرار في إقراره بأنه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط أن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بأمره وليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا في زعمه أن القابض عامل لغيره وأنه ضامن إذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن انتهى

قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو الصدقة لقوله عليه الصلاة والسلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليتصدق وهو الصدقة لا يكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي ثنا زياد بن سعد عن سمي عن أبي صالح عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فإن جاء صاحبها فليردها إليه وإن لم يأت فليتصدق فإن جاء فليخيره بين الأجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط إذا كان غنيا أن يتملكها بطريق القرض إلا بإذن الإمام وإن كان فقيرا فله أن يصرفها إلى نفسه صدقة أو قرضا فيكون فيه للمالك أجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك لحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها إلى فقير غير الملتقط إن كان أب الملتقط أو ابنه أو زوجته وإن كان الملتقط غنيا لما ذكرنا من تحقيق النظر للجانبين وقال الشافعي له أن يتملكها وإن كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر إلى إذن الإمام لقوله عليه الصلاة والسلام فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فاستمتع بها قالوا وأبي كان من المياسير بدليل ما في بعض روايات أنه عليه الصلاة والسلام قال وإلا فهي كسبيل مالك فقد جعل له وإن لم تكن هذه الرواية فيها أن الخطاب لأبي وهذا في مسلم عن عبد الرحمن بن كعب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فإن جاء أحد يعرفها وإلا فهي كسبيل مالك فظاهر هذا أنه يحكي قول السائل ليسأله وجاز كون ذلك كان فقيرا وهنا ما يدل على فقره في نفسه عليه الصلاة والسلام وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت يا رسول الله إن الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وإن أحب أموالي إلي بيرحاء فما ترى يا رسول الله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبيا كان فقيرا لكنه يحتمل أنه أيسر بعد ذلك إلا أن قضايا الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال وأما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف إلى أن قال وإلا فشأنك بها وفي رواية فهي لك فهو أيضا من قضايا الأحوال المتطرق إليها الاحتمال إذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم أن الخطاب لأبي لا يخرج عن قضايا الأحوال إذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين ولو كان نصابا فجاز كونه أقل من النصاب وكونه مديونا قالوا ولو كانت اللقطة لا تحل للملتقط إلا بطريق الصدقة فيمتنع إذا كان غنيا لما أكلها علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد أمره عليه الصلاة والسلام بأكلها فيما أخرج أبو داود عن سهل بن سعد أن علي بن أبي طالب دخل على فاطمة والحسن والحسين يبكيان فقال ما يبكيهما قالت الجوع فخرج علي فوجد دينارا في السوق فجاء فاطمة فأخبرها فقالت اذهب إلى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي أنت ختن هذا الذي يزعم أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي فأخبر فاطمة فقالت اذهب إلى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن الدينار بدرهم لحم فعجنت وخبزت وأرسلت إلى أبيها فجاء فقالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أذكر لك فإن رأيته حلالا لنا أكلناه ومن شأنه

كتاب الاباق

الآبق أخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

وهكذا كنا فقال كلوا بسم الله فاكلوا فبينا هم كانهم اذا غلام ينشد الله تعالى والاسلام الدينار فامر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعا فسأله فقال سقط مني في السوق فقال عليه الصلوة والسلام يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الى الدينار ودرهمك علي فارسل به فدفعه عليه الصلوة والسلام الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذري لعل تاويله ان التعريف ليس له صيغة يعتد بها فمراجعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ملأ من الخلق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف مرة عقب ما اخبره لم يذكر له ذلك الا بعد ان اشتروا وخبزوا واحضره صلى الله عليه وسلم على الاكل ثم يجب الحكم بان عليا عرفه قبل ان يأتي به الى فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وابو يعلى الموصلي وفيه انه اتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به وفيه دليل المختار شمس الائمة من ان التقدير بحول غير لازم بل الى ان يسكن نفسه الى ان طالبه قطع نظره عنه وفي سنده ابو بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندي ابو بكر بن عبد الله بن ابي سبرة وهو لين الحديث بل قال ابن عبد الحق هو متروك الحق ان الحديث ضعيف من جهة الاضطراب ثم في الرواية الاولى لم يعلم انما اعلمه بعد ما اشتروا وصار حتى لا كل نيا قض ما في الثانية من انه اعلمه مرة تعريفه ثم امره باخذه وفي الاول انه دفع حينئذ للمنشد وفي الثانية انه جعله دينا عليه وقال اذا جاءنا اديناه اليك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعيف ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به ان استقراضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز ان ينتفع الملتقط الغني فلما سلمنا ضعف حديث ابي هريرة في الصدقة بناء على تضعيف السمني كفانا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت ان للملتقط حكما آخر ونحن نطالبه في اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء ◆

كتاب الاباق

كل من الاباق واللقيط واللقطة يتحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا ان التعرض للتلف فاحش تماما في الاباق فكان الانسب تعقيبهما به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب الاباق في اللغة الهرب ابق يأبق كضرب يضرب الهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا ثم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه **قوله** الآبق اخذه افضل من تركه في حق من يقوى عليه اي يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا خلاف ويمكن ان يجري فيه التفصيل في اللقطة بين ان يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب اخذه او لا فلا واختلف في اخذ الضال قيل اخذه افضل لما فيه من احياء النفس والتعاون على البر وقيل تركه لانه لا يبرح مكانه فينتظر المولى حتى يجده ولا يخفى ان انتظاره في مكان غير مرجح منه ليس هو الواقع بل يجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك في ان محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا اعلمه فلا ينبغي ان يختلف في فضيلة رده واخذه **قوله** ثم آخذ الآبق يأتي به السلطان او القاضي [illegible] عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الاخذ الا بذلك عادة بخلاف اللقطة اما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خير الحلواني بين ان يأتي به السلطان او يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا اخذ الامام الآبق فجاء رجل [illegible] ادعاه واقام بينة انه عبده يستحلفه بالله انه آبق الى الآن في ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاحتمال

قال ومن رد آبقا على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولا الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي

انه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه حلف وجه زوال السبب لا يعلمونه وانما يستحلف مع عدم خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخلل ونظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري وموهوب له ثم اذا دفعه اليه عن البينة ففي اخذ الكفيل وتركه روايتان فلما يدفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد انه له ويأخذ منه كفيلا رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ اذا كبر مال بيت المال لانه كان مستحقا له لفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضي وامسك ثمنه بعد اخذ ما انفق لبيت المال منه فان جاء مالكه واقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينتقض بيع القاضي لانه بحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤاجره وينفق عليه من اجرته لانه لا يخشى اباقه فيخشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره وينبغي ان يقدر الطول بثلاثة ايام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دارة النفقة مستأصلة ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر **قوله** ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما بما عرضه بوزن سبعة مثاقيل وان رده لاقل من مسيرة سفر فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيئا الا بالشرط بان يجعل لمن رده على ... فلا يكون كما اذا رد بهيمة او عبدا ضالا وجه القياس انه لا متبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من اعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا هذا وهو قول مالك واحمد في رواية قالا في وجه الاستحسان ان لنا اجماع الصحابة على اصل الجعل الا ان منهم من اوجب الاربعين ومنهم من اوجب ما دونها وذلك لانه اشتهر الفتوى به من غير واحد من الصحابة فلم ينكره احد وذلك ان محمدا رحمه الله روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت عند ابن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل رأس اربعين وروى ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال اخبرنا سفيان الثوري عن ابي رباح عبد الله بن رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلمانا اباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل رأس وروى ابن ابي شيبة ثنا محمد بن يزيد عن ايوب عن ابي العلاء عن قتادة وابي هاشم عن عمر رضي الله عنه فقضى في جعل الآبق باربعين درهما وروى ايضا عن وكيع ثنا سفيان عن ابي اسحق قال اعطيت الجعل في زمن معاوية اربعين درهما وروى ايضا ثنا يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما وروى ايضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي انه جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما واخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الآبق يوجد في خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القريب لا قدر مسيرة سفر وعن هذا روي عن عمار ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه خارج المصر فله اربعون ولعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المصنف الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها يريد الرواية عن عمر وعلي وقد علمت الرواية عن عمر ايضا ان الجعل اربعون وسنده احسن من الاخرى والرواية عن علي ضعيفة بالحارث المذكور فكانت رواية ابن مسعود اقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو امثل ما في الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا تساوت في القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ تحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وما دونها على ما دونها وهنا ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر والتلفيق الضم لغة لفقت الثوب الفقه اذا ضممت شقة الى شقة وان ...

اباقه

ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد رح وقال ابو يوسف رح له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رح ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب

لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع واصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتا للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجح ولا يخفى ان هذا ولان ايجاب اصل الجعل حامل على الرد اذ الحسبة وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادر فشرع للمصلحة الراجعة الى العباد من صيانة اموالهم عليهم وتقدير الجعل انما يدرى بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الحاقه به قياسا ودلالة ايضا لان الحاجة الى صيانة الضال في رده دونها في رد الآبق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كيلا يأبق ثانيا مما ليس في رد الضال منه شيء ولو كان الآبق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر ان يأخذه حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا بهذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلا قال لآخر ان عبدي قد ابق فاذا وجدته فخذه فوجده فرده فليس له شيء لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله ومن فيما دونه اي اوجبنا فيما دون الاربعين فيما دون السفر كان ذلك لانا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدارا وذلك هو الواجب فاذا احملنا بعضه على ما دون السفر صح كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الا على انه واجب **قوله** ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما اي المالك والراد اي يفوض الى راي القاضي يقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ تقسم الاربعون على الايام الثلثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث **قوله** وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال المصنف وهذا قول محمد وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال ابو يوسف رح آخرا له اربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول ابي حنيفة رح في عامة كتب الفقه وذكر في شرح الطحاوي مع محمد رح وجه ابي يوسف رح ان التقدير بها ثبت بالنص اي قول ابن مسعود وعمر رض ووجب اتباعهما المراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما لوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينقص عنها ولمحمد ان المقصود من ايجاب الجعل حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينتقص منه درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة التي تعلق بها ايجاب الجعل فتعيين الدرهم لان ما دونه كسور وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ويحيي ماليته له اما باعتبار الرقبة كما في المدبر او باعتبار الكسب كما في ام الولد لانه عنده لا مالية فيها عنده لكنه احق باكسابها ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت فيقع رد حر لا مملوك على مالكه وهذا في ام الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث لانه يعتق بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير كالمكاتب لانه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كحر لو برده فهو لا يستحق شيئا بخلاف القن **قوله** ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل له وقيد في عياله ان رجع الى الراد او الى الابن اقتضى ان يتقيد نفي الجعل اذا كان الراد ابا بكونه في عيال المالك اي في نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال ابيه المالك او لا والحاصل ان الراد ان كان ولد المالك او احد الزوجين على الآخر او الوصي لا يستحق جعلا مطلقا اما الولد فلان الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه اجرة لان خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك هذا القيد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فاذا كان في عياله فبطريق الاولى

قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ فلا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع منه ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا قال ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان في حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن قال وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل مقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء

واما احد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة ان يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الزوجة تخدمه بمنفعتها منه ولهذا لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولهذا لو استأجرها للخدمة لا يجب لها شيء واما الوصي فانما لا يستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشأن الوصي ان يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الآبق لمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع ح لم يوجد نصا ولا عرفا **قوله** وان ابق من الذي يرده فلا شيء عليه اي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد. وكل منهما صحيح وكذا اذا مات عنده الا ان نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باباقه كالهالك من حيث فوات جميع الانتفاعات بها والرد كأنه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولهذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك في يده او ابق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط ان يكون اشهد على قول ابي حنيفة رح ومحمد لانه ح صار امانة عنده كما في اللقطة وقال ابو يوسف رح لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا قال اخذته لارده والقول قوله في جميع ذلك مع يمينه اذا علم انه كان آبقا فلو انكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وانكر المولى اباقه الا ان يشهد شهود انه ابق من مولاه او يشهدوا على اقرار المولى باباقه **قوله** ولو اعتقه المولى كما لقيه اي راه قبل قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشتري اذا اعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن وكذا اذا باعه المولى من الراد قبل قبضه يصير به قابضا لسلامة بدله وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز اجاب بقوله لكنه بيع من وجه لا من كل وجه فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض فجاز واورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات اجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة **قوله** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده قال المص فالاشهاد حتم فيه اي في اخذ الآبق عليه اي على الآخذ على قول ابي حنيفة ومحمد وتعبير بعضهم حتم بانه واجب تساهل والا يلزم بتركه استحقاق العقاب وتعليله بانه لو اخذه بلا قصد الرد على المالك ... لم يشهد لا اثم عليه ... فالاشهاد شرط لاستحقاق الجعل ويسقط الضمان عنه اذا ابق لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه الراد من الآخذ او اتهبه منه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه فانه بالشراء او الاتهاب قاصد التملك ظاهرا فيكون عاصيا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو اوصى له به او ورثه في كل ذلك يكون غاصبا لنفسه فيضمنه فاذا رده لا جعل له لانه رده لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا ان يشهد عند الشراء من الآخذ انه انما اشتراه ليرده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بالشراء فح له الجعل ولا يرجع على السيد بشيء من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي **قوله** وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لان بالرد حييت ماليته وماليته حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية الا ترى ان بالاباق سقط الدين بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود بقدره

تمسّ اولى الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثانى الاخ لاحتمال الكفالة الخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبرع بمنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت فى يد القاضى فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هو الصحيح

الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له فى عقار او عروض فى يد رجل ولا فى حق من الحقوق اذا جحده من هو عنده او عليه لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف فى الوكيل بقبض الدين من جهة المالك عند ابى حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك واذا كان كذلك يعنى اذا كان وكيل القاضى لا يملك الخصومة ولو قضى القاضى بخصومته كان قضاء على الغائب والاوجه ان يقول للغائب القضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا او وديعة او شركة فى عقار او رقيق او رد العيب او مطالبة باستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانها انما تسمع على خصم وهذا الوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضى اى راى القاضى المصلحة فى الحكم للغائب وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغى ان لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضى محدودا فى قذف فان نفاذ قضائه موقوف على ان يمضيه قاض آخر اجيب بمنع انه من ذلك بل المجتهد فيه سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر او لا فاذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف وفى الخلاصة الفتوى على هذا ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعها القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان او عقارا فى نفقة ولا غيرها لان القاضى لا ولاية له على الغائب الا فى الحفظ وفى البيع ترك حفظ الصورة بلا حاجة فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض او عقار او خادم واحتاج ولده او زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصى فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حفظ وربما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثته اليسر وبنا لا ولاية للقاضى على المفقود الا فى الحفظ وفى المبسوط قال ابو حنيفة رح ان كان لاب محتاج فله ان يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفى القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخى ان محمدا ذكر قول ابى حنيفة رح فى الامالى وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقى اثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع ان الحاجة الى ذلك ليس من اصول الحوائج فاذا ثبت بقاء اثر ولايته كان كالوصى فى حق الوارث الكبير وللوصى بيع العروض دون العقار وينفق على زوجته واولاده من ماله يعنى الحاصل فى بيته والحاصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عنده ومقر ودين على مقر قال العبد وليس هذا مخصوصا بالاولاد قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعنى من الاب والجد وان علا والاصل ان كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان لهم ان ياخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان اعطاء القاضى ان كان المال عنده او تمكينهم ان كان عندهم اعانة لا قضاء على الغائب لانهم كانوا ياخذونه شرعا ان ثبتوا وان لم يثبتوا كل من لا يستحقها فى حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله فمن الاول الاعمى المستحق قضاء الاولاد الصغار والاناث الكبار اذا لم يكن لهن مال وكذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من لهم مال لا يستحق النفقة عليه فى حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد الاحتباس لا استحقاق غيرها بالحاجة وهى تتقدم بالنسار ومن الثانى يعنى من لا يستحق الا بالقضاء الاخ والاخت والخال والخالة ونحوهم من ذى رحم غير الولاد وقوله اى حق الولادة من الولاد قوله ومراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن فى ماله عين المطعوم والملبوس يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر غير المضروب كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كان الدراهم والدنانير والتبر فى يد القاضى فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرا بالدين والنكاح والنسب وهذا معنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين معروفين له فلا يحتاج الى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده احدهما الوديعة والدين او النكاح والنسب جعل كل اثنين احد

فان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفعه بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد ما مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة

يشترط اقرار من في جهته المال بالآخر الذي ليس ظاهرا فيقر في الاول عند القاضي بان هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له وديعة او عليه دينه وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لا ان هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيئا عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب ولا يقضى على الغائب بلا خصم ومثل هذا في الدين ايضا قلنا المودع مقر بان ما في يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود وقد يقال ايضا في جواب القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة ابي سفيان وقد اسلفناه قال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيها آكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجردها وان كان يقدر على الكسب قوله ولو دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فكان له ان يأمر به ولا يقال القبض ليس للقاضي نائبا في الحفظ فقط بل فيه وفي ايفاء ما عليه من الحقوق ايضا مما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع بينة ولهذا جاز له ان يوفي ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا اعطاهم بلا امره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الى من في عيال المودع يبرأ اجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان يأخذ القاضي منهم كفيلا لاحتمال انه طلقها قبل ذهابه او عجل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب اخذ الكفيل الا لخصم وليس هنا خصم طالب بهذا فلو كان المودع والمديون جاحدين اصلا اي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية او جاحدين للنسب والزوجية معترفين بالوديعة والدين او بالعكس وليسا ظاهرين عند القاضي لم ينتصب احد من مستحقي النفقة الزوجة او الاب او الابن خصما في ذلك اي في اثبات الدين او النسب او الوديعة باقامة البينة على شيء من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولان ما يدعيه للغائب سببا متعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى في ادب القاضي قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة وان كان من غير قصد منه فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة فانه يفرق بينهما فيهما بعد مدة لذلك هذا منه في الايلاء بناء على انه لا توجب الفرقة بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار اخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها عملا بالشبهين وحديث الذي اختطفته الجن رواه ابن ابي شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو وعن يحيى بن جعدة ان رجلا اختطفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتت امرأته عمر فامرها ان تتربص اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين امرأته والصداق واخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فمكثت اربع سنين ثم اتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الاول واخرجه عبد الرزاق من طريق وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددنا اليك امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا

ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لو حكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصى ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن بنتين وابن مفقود وابنى ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الاخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا

فان المولود اذا كان ابن عشر يدور حول ابويه كهذا وعقد عشرا فاذا كان ابن عشرين كان بين الصبا والشباب كهذا وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين استوى كهذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن اربعين يحمل عليها الاثقال كهذا وعقد اربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشغال كهذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة كهذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا كهذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي كهذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين ينضم امعاؤه في بطنه كهذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان مثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره ان لا يجاوز المائة وقوله في المبسوط كان محمد بن سلمة يفتي بقول ابي يوسف حتى تبين له خطاؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطائه لانه مبني على الغالب عنده وكونه خرج عن الغالب لا يكون مخطئا مبنيا اخطأ من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعد ها نادر ولا عبرة بالنادر وروي انه عاش مائة وتسع سنين او اكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب في اعمار اهل زماننا وهذا لا يصح الا ان يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في اهل زماننا ان لا يزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول او مطلقا فلذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المصنف الاقيس الخ ولكن نقول اذا لم يبق احد من اقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المصنف والارفق اي بالناس ان يقدر بتسعين وارفق منه التقدير بستين وعندي الاحسن سبعون لقوله عليه الصلوة والسلام اعمار امتي ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفوض الى رأي القاضي فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي قوله ومن مات منهم اي ممن يرث المفقود قبل ذلك اي قبل ان يحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجري مناسخة فيرث ورثته من المفقود لانه لم يحكم بموت المفقود بعد وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت يعني وقت موت ذلك الاحد باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق بل في دفع الاستحقاق عليه ولكنه جعلنا حيا في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي في حال فقده قال محمد لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود يعني توقف نصيب المفقود الموصى له به الى ان يقضي بموته فاذا قضي به جعل كانه مات الآن وفي استحقاق لمال غيره كانه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره قوله ثم الاصل انه اذا مات من حيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب المفقود حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى ذلك الوارث اقل نصيبيه ويوقف الباقي حتى تظهر حياة المفقود او موته او يقضى بموته وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى لذلك الوارث شيء بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابني ابن وابنة ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا اي الاجنبي والورثة على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به لان اخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الاخر في يد الاجنبي الذي هو في يده ولا يعطى ولد الابن شيئا لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت خيانته بان كان انكر ان للميت عنده مالا

كتاب الشركة

اقامت البنتان البينة عليه فيقضي بها لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فانه يأخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته
ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود فيجبر على دفع الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في
يده وقد اقر ان ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول اولاد الابن ابونا او عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا ويوقف
الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤخذ شيء للمفقود بل يقضي للبنتين بالنصف ميراثا
ويوقف النصف في ايديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا اعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث
الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات اخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في ايديهما اعطيتا الثلثين ووقف
الثلث لانه في يدهما ان الثلثين والمال في ايديهما فان ظهر حياته اخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا على انه مفقود يعطى البنتان
النصف لانهما انما ادعياه بالاقرار بفقده ويوقف النصف الاخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان اباهم مات لم يدفع اليهما شيئا حتى تقوم
البينة على موته قبل ابيه او بعده فان اقامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على هذا مات عن بنتين واولاد ابن وان قامت
عليه بعده يعطى لهم النصف لان الميت مات عن ابن وبنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف ونظيره اي في وقت الميراث عند الشك في
النصيب الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى واختير بما روي عن ابي حنيفة يوقف له ميراث اربع بنين لما قال لقد رأيت
بالكوفة لابي اسمعيل اربع بنين في بطن واحد وعنها عن محمد ميراث ثلاثة بنين وفي اخرى نصيب بنين وهو رواية عن ابي يوسف نصيب واحد وعليه
الفتوى ولو كان مع الحمل وارث اخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامرأة حاملا تعطى
المرأة الثمن وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى شيئا وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن به مثاله ترك امرأة حاملا وجدة فتعطى السدس لانه لا يتغير لها
ولو ترك حاملا واخا وعما لا يعطى شيئا لان الاخ يسقط بالابن وجاز ان يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان اصل الاستحقاق
مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا ولو ترك حاملا واما او زوجة تأخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان حيا اخذت الام الثلث او حيا اخذت السدس
والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الربع والله الموفق للصواب.

كتاب الشركة

هو باسكان الراء في المعروف واورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال احدهما امانة في يد الاخر كما ان مال المفقود امانة
في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاول عامة فيها
وفي الآبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليهما ولاده الآبق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس
المفقود والآبق وكان بعضهم تخيل ان عرضية الهلاك للمال فقال ان المال على عرضية التوى حاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث
لا يتميز احدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل اشركه شركا فظهر انها فعل الانسان وفعله
الخلط واما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن ان اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما ايضا مصدر
اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال اي خلطا فيه فالمال مشترك فيه اي تعلق به الاشتراك

الشركة جائزة لانه صلى الله عليه وآله وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه **قال** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التميز رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى

اى خلطها وكذا في شركة العين اختلاطهما وفي شركة العقد اللفظ المفيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب فلا فاذا قيد شركة العقد بالاضافة في اضافة بيانية **قوله** الشركة جائزة الخ قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصلى الذى هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء اى من الشركين لا ينص على جواز كل منهما مع انه حكاية قول داود عليه السلام اخبارا للخصمين عن شريعته اذ ذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا واما السنة فما في ابي داود وابن ماجة والحاكم عن السائب انه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري وروى احمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب عن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلوة والسلام مرحبا باخي وشريكي كان لا يداري ولا يماري يا سائب قد كنت تعمل اعمالا في الجاهلية لا تقبل منك هي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصدقة واسم السائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه ان كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت فيه شيء ولا يقوم به حجة انما يصح اذا ارادا لحجة في تعيين الشريك من كان اما عرضا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث يداري مهموز في الحديث اى يدافع ثم اراد المشائخ بهذا انما يفيد ان الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل اعني انه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثاني ما في ابي داود ومستدرك الحاكم عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت انا من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان وضعفه ابن القطان بجهالة والد ابي حيان هو سعيد فان الرواية عن ابي حيان عن ابيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن ابي حيان مرسلا ورواه الدارقطني يد الله على الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان احدهما صاحبه رفعها عنهما ولا شك ان كون الشركة مشروعة اظهر ثبوتا مما به ثبتت من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره عليه الصلوة والسلام عليها **قوله** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها وظاهر هذا الحمل من القدوري القصر فذكر المصنف انها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا او ملكاها بالاستيلاء بان استوليا على مال حربي تملكاه بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع من احدهما بان انفتق كيسا هما المتجاوران فاختلط ما فيهما او اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة او تعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا الا ان بعضهم ذكر في شركة الاملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولهذا اجاز هبته ممن عليه الحق وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولهذا لم تجز من غيره من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى احدهما شيئا كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما اخذ فليس له ان يقول هذا الذي اخذته حصتي والباقي على المديون حصتك لا يصح من المديون ايضا ان يعطيه شيئا على انه قضاه واخذ الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخذ بما اخذه دون شريكه ان يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة انه لا يجوز له ان يتصرف في نصيب شريكه الا بامره لان كلا منهما في نصيب الآخر كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها الوكالة وانه يجوز ان يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور واما من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في الخلط والاختلاط فانه لا يجوز بيع احدهما نصيبه من غير الشريك الا باذن الشريك قال المصنف وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى وحقيقة الفرق

والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوي وكذلك في الدين لما نبينه ان شاء الله تعالى

ما اشار اليه في الفوائد الظهيرية وهو ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بان اشتريا حنطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط او الاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم واما ما ذكر شيخ الاسلام من ان خلط الجنس بالجنس سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سببا لزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في حق الآخر من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وايضا فالزوال الى الخالط عينا لا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في البيع من الاجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر اثره في ذلك الا اذا تبين به اي تعدي هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه **قوله** والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول ثم فسر بالمعنى لقوله وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا فيقول الآخر قبلت اي في كذا من المال في كذا من التجارات البزازية او البقالية او في كل مالي ومالك بيننا متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سياتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى لانه لو دفع الف الى رجل وقال اخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا ففعل انعقدت الشركة ومذهب الشافعي اذا ذكر كيفية كتابها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى واداء الامانة ثم يبين قدر راس مال كل منهما ويقول ذلك كله في ايديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل واحد منهما برايه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة الا ان بعض العلماء يقول لا يملكه كل منهما الا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهم على قدر رؤس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر راس المال باطل فان شرطا الربح متفاوتا فصحيح عندنا فيذكر ما تراضيا عليه ثم يكتب وكذلك يقول الشركة في كل ما في ايديهما كتب في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كيلا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ **قوله** وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة وهذا الشركة منصوب على المصدر معمول للعقود وكل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه اي حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف واصيلا في الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب **قوله** ثم هي اي شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه وقيل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه المال ولا فان ذكر فاما ان تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره او لا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال اما ان شرط العمل في مال الغير او لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه انه يقتضي ان شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما ياتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منها على وجهين مفاوضة وعنان وسياتي البيان ان شاء الله تعالى **قوله** فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما انه وكيل عنه لانها شركة عامة يفوض

وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى **قال** تجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي

كل منهما الى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات لان المفاوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلا بد من تحقق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فيعم التساوي في ذلك ولا يخفى ان قول الشعراء هي من المساواة تساهل لان مادة اخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من تفويض الامر الذي منه قال لما رأوا ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودي * لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا * وبعده * اذا تولى سراة الناس امرهم * نما على ذاك امر القوم فازدادوا * وقيل بعده تهدى الامور باهل الراي ما صلحت * فان تولت فبالجهال تنقاد * ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا بنفسه مرادا كيف كان تحققت المنازعة والفساد كما في قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع كالركب في راكب والسري وقيل جمع فعلة بالتحريك واصله سروة فتحركت الواو وانفتح ما قبلها فقلبت الفا فصار سراة واصل سري سريو اجتمعتا وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسياتي وجه المساواة فلا بد من تحقق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء اي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان ينقضه فصار لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة احدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشتري فما لم يتغير لم يعتبر راس المال بعد خروجه من الشركة فيه ولو اشترى بالجميع احدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين حصل متعاقبا فلا يتحقق فيلزم باشتراط حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف ما اشتراه صاحبه صار مستحقا عليه لصاحبه نصف الثمن المستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحاد جنسهما وصفتهما فلو كان لاحدهما دراهم سود والآخر بيض وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لاحدهما الف وللآخر مائة دينار قيمتها الف صحت فلو تفاوتت صارت عنانا وكذا لو ورث احدهما دراهم او ذهبا تنقلب عنانا ثم المراد المال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة لكن الدراهم والدنانير والفلوس لما تقوله عن العرض ولو كان لاحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى ان يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا وكذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما تبين عن قريب **قوله** وهذه الشركة جائزة في قول اصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رح وقال مالك رح لا اعرف ما المفاوضة وهذا لا يلزم منه نفي كما قيل اذ لم يعرفها فكيف يحكم بفسادها ولان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والنفي لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكي عن اصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي ان يفوض كل الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره ويكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوي في المالين وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره ابو بكر الرازي وجه قولهما وهو القياس انها تضمنت الوكالة بشراء مجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل بانفراده فاسد ولو قال وكلتك بشراء عبد او ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو يفصل [illegible] جائزة كما لو قال لآخر وكلتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز ان [illegible] فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان [illegible] المفاوضة اعظم للبركة وقوله عم اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم

ولو كانت بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء **قال** فان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيها ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة ره وقالا لا يلزم صاحبه لانه اي الكفيل متبرع ولهذا لا تصح الكفالة من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا ايضا لو صدر اي عقد الكفالة من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض اذا قرض احدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو اقر بكفالة سابقة على المرض لزمت في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما نذكره في الاقراض لكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو اخذ فيه سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح قال المصنف وقال ابو يوسف رح لا يجوز نسبه الى الايضاح عبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني القرض لشريكه نوى المال اولم يتو وقياس قول ابي يوسف يضمن المقرض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند ابي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك كذا المقرض وعند ابي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض ولابي حنيفة ره انه اي عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء كالهبة بشرط العوض لانه اي الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعد ما لزمه فبالنظر الى البقاء تضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره والوجه ان يقول ممن ذكراه يعني الصبي والعبد ... الشريك الا ... الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور لمثل الدراهم والدنانير المقروضة حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التاجيل اي لا يلزم ان يجري على موجب التاجيل في الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن ابي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع **قوله** ولو كانت الكفالة بغير امره اي امر المكفول عنه لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة انتهاء ايضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشائخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه ابي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشائخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بامره اولا **قوله** وضمان الغصب الاستهلاك وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذا الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف اباحنيفة بهالان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع ابي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع ابي يوسف كما نقلنا فالاول ابي يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبدا كان او صبيا حرا وكذا المكاتب يؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك كذا الملك لمغصوب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتعاوضين ملتزما ضرره ونفعه وفي الكافي في الاعارة الرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عند انتهائها انه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو اقر احد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له

فان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

لم يلزم الآخر عند ابي حنيفة ويلزمه عندهما واصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا لهما وسياتي ان شاء الله تعالى قوله وان ورث احدهما
مالا يصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا وكذا اذا وهب له فقبضه او تصدق به عليه او اوصى له به او زادت قيمة راس مال
احدهما البيض على راس مال الآخر السود او ذا قبل الشراء على ما قدمناه كل ذلك ان وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث ما لا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض تتعين تبطل المفاوضة وكذا باقي ما
التي ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح راس مال الشركة اذ هي اي المساواة شرط لصحتها ابتداء وبقاء وانما كان هو شرطا ابتداء وشرطا بقاء لكونه اي عقد الشركة
عقدا غير لازم فان لاحدهما بعد العقد لو اراد فسخها فسخها واورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان للبقاء حكم الابتداء والاجارة عقد لازم
حتى لا ينفرد احد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت احد المتعاقدين
فتبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما مع كونه غير لازم اجيب بان القياس في الاجارة ان يكون غير لازمة كما هو مذهب
شريح لكون المعقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة فاللزوم اصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين والفسخ
بموت احدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستاجر فلو بقيت لزم
ارث المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان
وان كانت الوصية لازمة ولا باس ان نذكر فروعا من شركة العين اذ لم نذكرها في الكتاب امر رجلا ان يشتري عبدا بينه وبينه فذهب فاشتراه
واشهد انه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر لشراء نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا
اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما ثم لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما
وكيل لصاحبه لو اشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر
فكذلك في الشركة ولو امره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المامور فالعبد بين الآمرين
نصفين ولا شيء للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذا لغيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه
ولما امره الثاني ان يشتريه بينهما فقد امره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قيل لا يمكن تصحيحه الا بذلك
ولو اشترى رجل عبدا فقبضه فطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فيه فله نصفه بنصف مثل الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مطلق الشركة يقتضي التسوية فان لقيه آخر
فهم شركاء في الثلث الا ان يبين خلافه ولو اشترك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم اثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشركا فيه آخر فالقياس ان
يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما حين اشركاه ساوياه
بانفسهما وكان كانه اشترى العبد معهما ولو اشركه احد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فاجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه
وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان احد الشريكين اذا قال لرجل اشركتك في هذا العبد فاجاز شريكه كان بينهم اثلاثا لان الاجازة
في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذلك لو اشركه احدهما في نصيبه ثم اشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال احدهما اشركتك
في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد اشركتك في نصفه الا ترى ان المشتري لو كان
واحدا فقال لرجل اشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله اشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال اشركتك في نصيبي فانه لا يملك الا كل نصيبه

فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رحمه الله تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما ضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رحمه الله لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعا وروي عن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانهما وان خلقا للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال

ملكا بجميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف البايع فانه لو قال اشركتك فيه صح كان بالملافلة اكان له نصف نصيبه اعلم انه ثبت الشركة فيما ذكرنا كلها تبتنى على صيرورة المشتري الثاني للاشراك مشتريا الملك فاتبنى على انه ان يشترى بعد القبض حتى اشرك فيه جاز لانه بيع ما لم يقبض كما لو ولاه اياه ولو اشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع وليعلم انه لا بد من قبول الذي اشركه بعد لان لفظ اشركتك صار ايجابا للبيع ولو قال اشركتك فيه على ان تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذي لم ينقد ويرجع عليه بما نقد لانه قضى دينه بامره ولا شيء له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم اشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي التسوية وانما يصح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لآخر انا اشتري هذا العبد فقد اشركت فيه صاحبه او فصاحبه فيه شريكه فهو جائز لان كلا منهما موكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فايهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فان اشترياه معا او اشترى احدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التام مقصود كل منهما ولو نقد احدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير امر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه احدهما ونقد الثمن فاذا اذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه احدهما على ان له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قولهما البيع على نصف الماسور خاصة وبناه على فصلين احدهما ان عند ابي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني ان من قال بعتك هذا الا نصفه بالف كان بائعا للنصف بالف ولو قال بعتك بالف على ان لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعتك نصفه بالف فاما قوله على ان لي نصفه فحاصله ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مقيدا صح كما في شراء رب المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري مع المشتري فيقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري مسئلة اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة او بمائتين فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة بربح مائة او بعشرة احد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول اما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فباعتبار الثمن الاول الا يرى انه لا يستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو اشتري بعوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلاثا بينهما فكذا الثاني توضيحه انا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق احدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل في المبسوط *

فصل لما ذكر اشتراط المساواة في راس المال في شركة المفاوضة احتاج الى بيان المال الذي تصح به فقال لا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك انما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط ان المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال وصدق بعض المفاوضة ينعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض لا ينعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكرنا يخرج الدين والعروض وهو قول احمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعروض المثلي وقال مالك يجوز

ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب لا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رح والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه تتعين بالتعيين بعد الخلط كما تتعين قبله

بالعروض اذا اتحد جنسهما وقال الاوزاعي وحماد بن ابي سليمان يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا يجوز عندنا بالعروض لا يجوز ان يكون راس المال احدهما عرض والآخر دراهم او دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم انه لو دفع الى رجل الفا وقال اخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح الا انه لا بد ان يقيم البينة انه فعل ليلزم الآخر اذا لم يصدقه لو ثبتت وضيعة وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصلحان راس مال الشركة الا فيما سنذكر واما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم ابو الفضل في الكافي فيهما شيئا بل اقتصر على ان قال لا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل ظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس ثمنا في الاصل وهم لم يتعاملوا ان يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال المص قالوا يعني المتاخرين هذا قول محمد ويستدل عليه بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كان بعينهما عند محمد خلافا لهما وسياتي الوجه والتقييد باعيانهما احترازا لو باع فلسا بفلسين دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النسا تثبت باتحاد الجنس وجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد عقدت على راس مال معلوم فكانت كالنقود وبخلاف المضاربة حيث لا يجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه فيقتصر على مورد الشرع ولنا ان راس مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين فما يستحقه احدهما من زيادة على حصة راس ماله الذي هو ثمن عرضه ربح ما لم يملكه ولم يضمنه بخلاف النقود فان كل واحد وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل منهما لا يتعلق براس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه لشرط خلط العرضين لاتحاد جنسهما كيليين او موزونين او غيرهما متحدي القيمة كثياب للكرباس من ماية واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبة مثلا فاذا باع حاجلة في وقت طلوع السعر من ثلث لم يعلم ان عددما بيع من الآخر وقبضه المشتري متساويان بل الظاهر انهما متفاوتان فيلزم اختصاص احدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد ادى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الا ما لم يضمن لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولا يفيد ان العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر راس المال قيمة العروض اما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع فنعم اللازم ربح ما لم يضمن وتعذر ما يدفعه ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيئا بماله على ان يكون الآخر شريكا فيه يجوز وعلمت ان الخلط لا ينفي ذلك وجه قول محمد ان الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالتحقت بها ولابي حنيفة وابي يوسف ان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة فتنتفي كل ساعة بانتفاء الخلقة وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى ان هذا انما هو في الملاحظة اما في الخارج فهي ثمن مستمر باستمرار الاصطلاح عليها ولهذا قال الاسبيجابي الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين وتملك بفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها قال المص وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر لان قوله مع ابي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين وعن ابي حنيفة جواز المضاربة بها وعلى ما ذكر في مبسوط الاسبيجابي يجب ان يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكرناه فيما يليه حيث قال ولا يجوز الشركة بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بها كالتبر وهو غير المضروب والنقرة وهي القطعة المذابة

ولهذا كانت ثمنا من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيعا من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

منها فعل المصنف اختلفت الرواية في ذلك ففي رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذا التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا يصلح راس مال فيهما وهذا لانهما خلقا ثمنين ثم قال الا ان الاول اصح يعني رواية لانهما انما خلقا للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص فاذا خرج عن ضربها حليا فانها تتعين البتة وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجز التعامل بها ثم قال الا ان يجري التعامل بها اي بالتبر والنقرة استثناء من قوله الاصح وهو كونها لا تصح الشركة بها فكان الثابت انهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت راس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله اي القدوري لا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط لانها عروض محضة لكل منهما متاعه وعليه وضيعته ويختص بربحه وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند ابي يوسف اي لكل منهما متاعه يخصه ربحه ووضيعته لانتفاء شركة العقد والوضيعة خسارة التجارة يقال منه سنبا للمفعول وضع التاجر ووكس في سلعته يوضع وضيعة اي خسر وقال قوم من العرب وضع يوضع كوجل يوجل وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد اذا كان المخلوط جنسا واحدا وثمرة الخلاف تظهر في الربح اذا تفاضلا [illegible] فعند ابي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم ثم هو قول ابي يوسف هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصلح راس مال الشركة لانه لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما ان ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لان المخلوط لا يكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فليف يكون مصححا ثم قوله لمحمد انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا في الذمة وهو من حكم الاثمان فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين ما قبل الخلط وما بعده فشبه العروض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله وشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده وهذا لان الخلط يثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد بخلاف العروض المحضة فانها ليست ثمنا بحال على ظاهر الرواية وهو الاصح وبهذا ان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبه بل هو عرض محض وازدادوا في العرضية في الجملة وكون الشئ متاصلا في حقيقة وله شبه باخرى لا يقال له شبهان غايته ان الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد هو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط وهذا لازم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخلوط جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد بين هذا وبين ما قبله متحد في متفقي الجنس حيث يجوز والمختلفين حيث لا يجوز ان ما من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن مستهلكه بمثله فيمكن تحصيل راس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل والمخلوط من جنسين من ذوات القيم حتى يلزم مستهلكه قيمته فيتمكن الجهالة لانه لا يمكن ان يصل كل منهما الى عين حقه من راس المال وقت القسمة كما في العروض

قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قيل اراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تاويله انه بينه في غيره الا انه خلاف المعتاد من المصنف في الاطلاق بهذه العبارة والحاصل ان الحنطة لا تعدو الضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه وبخلاف جنسه بلا تمييز كشيرج رجل خلطه بزيت [illegible] او تمييز بعسر كخلط الشعير بالحنطة لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما يتيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا ضمانا لانه يمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان اجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغيره من في عياله كالكبير كان المخلوط ماله في عياله ولو لم يظفر بالخالط فقال احدهما للآخر انا اخذ المخلوط واعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا بذلك جاز وان ابى ببيع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما ذكره وهو ان يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي بيعت بها

قال وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة قال رحمه الله وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كانت بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة

[illegible] أو قيمته [illegible] لكن [illegible] بالخلط فإن استحق [illegible] الضرب بما [illegible] فإنما يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط [illegible] أبواب المتفرقة لم
[illegible] أبي يوسف ومحمد [illegible] أبي حنيفة [illegible] لأنه لا ينقطع من المخلوط حق [illegible] بين الشركة في المخلوط وبين [illegible] إلا كما على [illegible]
مذهب المخلوط ملك للخالط حقيقة في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح أنه قولهم جميعا لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط
فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما إلى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلاعتبار حقهما يكون لهما أن يبيعاه ويقتسما من المخلوط
صلحا بالتراضي أو بيعاه وقسمة الثمن فإن اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد كيلي أو موزون صار بينهما شركة فإذا باعاه انقسم على قدر ملك كل
منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاه بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعاه لأن كل ما يباع لمالكه [illegible] في العقد من النقود فيقسم
عليهما باعتبار القيمة وإن كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما إذا باعاه على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا [illegible] الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ذلك
كل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فيعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا إن لم يزدد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بتلك الصفة
فإن كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فإنه يضرب بالقيمة يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب
بقيمته غير مخلوط [illegible] لأن تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن النقصان حاصل
بفعل هو راض [illegible] الخلط حقيقة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر وقد طعن عيسى رضي الله عنه في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الأول
يعتبر قيمته يوم [illegible] وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح تقسيم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق
الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعاه لكل جملة فإن قسمة الثمن على القيمة يكون وقت البيع إلا أن يكون قيمته يوم البيع و
يوم الخلط والقسمة سواء [illegible] قائمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى
يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة
بين اثنين أعتق أحدهما [illegible] منهما من قيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار إلى معرفة قيمته في أول الأوقات
التي يمكن معرفتها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار إلى معرفة قيمة كل في أول أوقات الإمكان وهو عند الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما
وينقص من مال الآخر فقد تعذر [illegible] على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة
باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة فيقسم الثمن على [illegible]
كل منهما [illegible] إذا لم يخلطا لأن تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع **قوله** وإذا أراد الشركة
في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقد الشركة مفاوضة أو عنانا فقيل هذا على قياس قول من يرى
المكيل والموزون [illegible] قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافا إلى حال بيعها العروض بالدراهم فإنه يجوز لأنه مضاف إلى المستقبل وعقد
يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل فإنما يثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما وقد تواردت كلمة أهل المذهب على هذا لأن
المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف لأن كل
ما يربح الآخر [illegible] مضمون عليه ولا يحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى معرفة رأس مال كل منهما عند القسمة حتى [illegible] ذلك

[illegible]

ايضا الى قرض او ان شرط للعامل كانه اقرضه ماله فاستحق جميع ربحه والى بضاعة ان شرط لرب المال الا انه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها ما يشبهها الا ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل تارة بالمال او المشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عملا لآخر لكن قد يكون ذلك حذق واقوى الخ قوله اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلهذا جاز ان يعقدها كل بعض ماله ويجوز اذا كان من جهة احدهما دنانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة احدهما وبيض من جهة الآخر وان تفاوتت قيمتها والربح على ما شرطا فيه تساويا او تفاوتا على قدر قيمته وراسهما بشرط الذي جعلناه قوله واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة وكذا لو هلك احد المالين قبل الخلط وقبل الشراء هلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه او يد شريكه لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز وتبطل الشركة اما الاول فلان مال كل واحد منهما قبل الشركة وقبل الخلط باق على ملكه واما بطلان الشركة فلان المعقود عليه في عقد الشركة المال العين يتعين بالتعيين في الشركة كالهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيها بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشتريا للموكل حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله اما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه اي الشريك الذي لم يهلك ماله لم يرض بالشركة صاحبه في ماله الا ليشركه هو ايضا في ماله تحقيقا لغايته فاذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وهو الاشتراك فيما يحصل قوله فان اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع مشتركا لقيام الشركة وقت الشراء لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه فلا يتغير الحكم حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة الواقعة في هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع احدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلكت قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزمه انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر المصنف ان هلاك مال احدهما اذا وقع بعد حصول المقصود وهو الشراء بالمالين واذا قام المشتري على الشركة رجع على شريكه بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه قريبا هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين ولو لم يهلك المال الآخر حتى اذا هلك بعدها ثم اشترى الآخر بما له ان كانا صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله يكون مشتركا بيننا كذا صوره في المبسوط فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكون شركة ملك لهذا جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد في بعض المواضع فان المشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فحمل الاول اذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها وحمل الثاني اذا صرحا بها على ما ذكر وقوله لما بيناه يريد قوله لانه وكيل فيه من جهته الخ قوله ويجوز اي الشركة وان لم يخلطا المال حتى لو هلك احدهما الا ان المالك شرط ان يكون تحت يديهما بان يكون في حانوت لو في يد وكيلهما وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا بعد الاصل على الشركة وذا اي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك بالخلط لما سلف من ان معناها الاختلاط او الخلط على ما حققناه فلا تحقق شركة الا بخلط وقد اتفقا على ان المعتبر في كل عقد شرعي ما يقتضي اسمه قال المصنف اي كون الربح فرع المال اصل كبير لهما حتى تفرع عليه اعتبار اتحاد الجنس فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز مال احدهما عن الآخر لا يجوز

ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد بالتصرف لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل **قال** ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا **قال** ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة فيتضمنها وعن أبي حنيفة رح أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله **قال** ويوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

التفاضل في الربح مع التساوي في المال لاختلاف الشركة في الأصل والفرع ولا شركة في التقبل والأعمال لعدم المال **قوله** ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال حاصل تقرير المصنف أن الربح يضاف إلى التصرف في المال وهو العلة وإلى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة وأنت تعلم أن الإضافة إلى علة العلة بطريق المجاز فإن الحكم بالذات إنما يضاف إلى علته لما عرف أن لا أثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الإضافة أولى بالاعتبار من مجاز ما في حكم يبتني على الإضافة وإنما وجه التقرير المراد أن الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا إلا إلى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا إلى نفس المال ولا التصرف فيه لأن إضافة الربح إلى التصرف في المال معناها أنه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا إذ هو معلوم وإنما حاجتنا إلى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله إنما يضاف إلى العقد الشرعي لا التصرف فإن نفس التصرف في المال وإن كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل إلا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لأن هذا العقد الشرعي يسمى شركة فيتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا إلا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة لمعلته بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس إلا فيه فإذا كان كذلك فلا يتوقف الاسم على خلط المال لأن الخلط حال العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني في الشراء بهما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرها فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف وإذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط تحققت في المستفاد بدونه أي بدون الخلط فصار كالمضاربة تتحقق الشركة في الربح بلا خلط فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه العقد في المحل قلنا إنما بطلت لعارض آخر وهو أن هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كهلاك المبيع قبل القبض فإذا كان الأصل هو العقد لا المال لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي في رأس المال ولا في الربح وصح شركة التقبل **قوله** ولا يجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لأحدهما يخرج العقد من الشركة إلى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله ونظيره في المزارعة يعني إذا شرط لأحدهما قفزانا مسماة بطلت لأنه عسى أن لا يخرج الأرض غيرها **قوله** ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة من المشاركين ولأن له أن يستأجر على عمل التجارة والتحصيل للربح بغير عوض دونه وأنه أقل ضررا فإذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهر أن لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف **قوله** وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا في بعض الأوقات والمضائق وقوله يدفعه مضاربة لأنها دون الشركة لأن الوضيعة في الشركة تلزم الشريكين ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة وعن أبي حنيفة برواية الحسن أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة في الربح والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة في الربح غير مقصودة فإنما المقصود تحصيل الربح فصار كما إذا استأجره بأجرة ليعمل له بعض أعمال التجارة بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة لأن الشيء لا يستتبع مثله وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ فأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل بإطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الإمام مستتبعة لصلاة المقتدي بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا رافع على ما ليس نحن فيه قابل للبيع ولكل واحد أن يشتري بالنسيئة وأن الشركة في

قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

استحسانا وليس لاحد شريكي العنان ان يرهن او يرتهن عينا من مال الشركة بدين من التجارة عليهما او ارتهان بدين لهما بخلاف المفاوض لانه يرهن ويرتهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين عليهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع على شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع احدهما فليس للآخر قبضه وللمديون ان يمتنع من دفعه اليه ولو دفع اليه يبرأ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لاحد منهما ان يخاصم فيما اداناه الآخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه وللذي ان يؤخر دينا فان اخره لم يمض على الآخر وكذا لا يمضي اقرار احدهما بدين في تجارتهما الا ان اقر وانكر الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان او مباشرا وان اقر انهما ولياه وانكر الآخر لزمه نصفه ولو اشترى احدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للآخر ان يرده لان ذلك من حقوق العقد ولو اخذ احدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد احدهما لصاحبه انه ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ومعنى اقراره عليه شاركه شركة عنان ويمضي على الآخر بخلاف شريكي العنان ويجوز قبض كل من المفاوضين ما ادانه الآخر او ادانا او وجب لهما على رجل من غصب وكفالة وغير ذلك او يرد بعيب اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا اول الباب ولكل من شريكي العنان ان يوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من اعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل صريحا بالشراء ليس له ان يوكل به لانه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لاحدهما ان يعمله اذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولذا لو قال احدهما اخرج دمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان اذن له فيه **قوله** (ويده) اي يد الشريك مطلقا في المال يد امانة لانه قبض المال لا على وجه البدل والوثيقة فيكون امانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء فانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق به فيضمن بذلك الدين ولما كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة وكان امانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احدها اذا مات احد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى في السير الكبير الامام اذا اودع بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات فنذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى **فروع** في اختلاف المتفاوضين قد علم انه ليس لاحد المتفاوضين ان يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر انه شاركه مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان اقام البينة فشهدوا انه مفاوضه او زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما او قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضي بذلك فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا مما في يده واقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند ابي يوسف لان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذو اليد شيئا في يده انه له خاصة وهبه شريكه منه حصته واقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى انه مفاوضه والمال في يد المدعى عليه فاقر وقضى عليه ثم ادعى شيئا مما كان في يده او ميراثا او هبة واقام بينة قبلت والفرق لابي يوسف ان الثابت

قال وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لأن هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لأنه لا بد من رأس المال وهذا لأن الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة

مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفي الأول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحب الأكثر أنه لو لم يكن أقام البينة في صورة الإنكار لم يستحلف خصمه وإذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحي فلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء مما في يد الحي لأنهما شهدا بالعقد علما ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما ولأنه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما إلا أن يقيموا أنه كان في يده في حيوة الميت وأنه من شركتهما فإنهم شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يد الورثة فجحدوا الشركة فأقام الحي البينة على المفاوضة وأن أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير أن يشهدوا بالمال لم تقبل منهم لأنهم جاحدون فإنما يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعي الشركة فيما في أيديهم فيقضى له بنصفه ومع هذا لو أنه أقام الحي البينة أن هذا كان في أيديهما في حياته لو قالوا مات هذا وترك ميراثا لابنه وأقاموا البينة على هذا الأقبل في قول أبي يوسف ويقبل في قول محمد كما لو كان المتفاوضان حيا وأقام البينة على ذلك أحدهما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فإذا افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان في يد صاحبه فإن قاضي بلده كان قضى بذلك عليه وسموا المال وأنه قضى به بينهما نصفين فأقام الآخر بينة بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره فإن كان من قاض واحد واعلم تاريخ القضائين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الأول لقضائه والإمام أعلم وكان القضاء من قاضيين لزم كل منهما القضاء الذي أنفذه على أن كل منهما صحيح ظاهرا فيجب على كل صاحب ما هو عليه لهذا أو أن الفضل **قوله** وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل وشركة الأبدان وشركة الأعمال نحو الخياطين والصباغين ويشتركان في أن يتقبل كل الأعمال ونحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لأنها شركة لا تفيد مقصودها أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية أي الشريكين وهو التثمير أي الربح لأنه لا بد في الربح من أصل المال لأنه يبتنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل يجوز بالعمل أيضا كما مر فيجوز بالتوكيل بأن يوكل كل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا في نصف العمل المتقبل وكيلا في نصف الآخر فيتحقق الشركة في المال المستفاد من ذلك العمل فإن عملا استحق كل فائدة عمله وهو كسبه وإن عمل أحدهما كان للعامل مع الشريك فيما لزمه تقبله عليه وهو جائز لأن المشروط مطلق العمل لا العمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى أن نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمله ويدفعه إلى مالكه فتطيب له الأجرة ومن صورة هذه الشركة من يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازه لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل **قوله** ولا يشترط فيه أي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك ورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط أن من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو بناء في اشتراط نصبه اتحاد العمل والمكان أجيب بأن عن زفر في جواز شركة التقبل روايتان ذكرهما في المبسوط فخرج رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله لأن المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه **قوله** ولو شرطا العمل نصفين يعني التساوي في العمل والربح أثلاثا جاز لشرط كون المشروط له المشروط عليه العمل في القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الضمان هنا إنما هو بقبول العمل وإلا لما عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما ربح ما لم يضمن فلم يجز كما لم يجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري بأجره ولا يكون التفاضل يجري فيها إذا شرط التفاوت في ملك المشتري فإن اشتركا على أن ما اشتراه كل يكون للآخر

فصل في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه

مع ان الربح في كل منهما من جنس واحد فرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا منهما عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز زيادة ربح احدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه احدهما عاملا في مال الآخر وعلى هذا فانما يجعل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس والا لم يجز الحاق غيره بشبهه بل نقول الربح يستحق شرعا باحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح ما لم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وبه يسقط اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة تصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح ما لم يضمن لان في جعل اصل الشركة عروضا ربح ما لم يضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من اول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع اجيب بانا نجوزها فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا والله اعلم

فصل في الشركة الفاسدة وجه تقدم الصحيحة على الفاسدة ظاهر **قوله** ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وكذا الاحتشاش **قوله** والكلأ وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه ... فقوله دون صاحبه على هذا الاشتراك في كل مباح كاجتناء الثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعه من ارض مباحة والجص والملح والثلج والكحل والمعدن والكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا او سهلة الزجاج فاشتركا على ان يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك واحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ... عن ابن مسعود قال اشتركت انا وسعد وعمار يوم بدر ... فلم اجئ انا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين فاشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم اجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله فيمتنع ان يشترك ... عليه الصلاة والسلام انما نفل قبل القسمة او انه كان قدر ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية ان غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر **قوله** لان امر الموكل به اي باخذ المباح غير صحيح لعدم ملكه ولا ولايته ... الوكيل يملكه ... الموكل ... نائبا عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد هنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة ... التوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز وان كان الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب ان الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيما ثبتت له ولاية ان يشغل ذمته به بعد ان لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا ان التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثبات الولاية عليه في ذلك في التوكيل بخلافه وانما الوجه ان الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكله فاستولى عليه ثبت ملكه له لا للموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه قصدا لنفسه اما اذا كان قصده لغيره فلم لا يكون للغير يجاب بان اطلاق نحو قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد ...

فان اخذاه جميعا يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما ان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه ان عمل احدهما واعانه الآخر بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه احدهما وجمعه الآخر وحمله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك **قوله** وقد عرف في موضعه يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما ووجه قول محمد ان المسمى مجهول اذا لم يدر ما يحصل ...

قال وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي فقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما أن الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لأنها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

للصيادين ورجل للصياد شيأ أو لا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما إذا لم يصيبا شيأ وفيما إذا أصابا لأنه إن كان أجر مثله أكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال فهو بما يحتمل شرف الزوال فإنه على عرض أن يصير معلوما عند الجمع والبيع بخلاف ما إذا لم يصيبا شيأ فإن المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومالا فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ وقوله لا يجاوز به بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله النصف ثمن ذلك بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل **فرع** لهما كلب فأرسلاه فما أصاب بينهما ولو كان لأحدهما وأرسلاه جميعا كان ما أصابه لمالكه **قوله** وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة اعلم أن الراوية في الأصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لأنه يروي ويقال رويت للقوم إذا استقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المضمومة لنقل الماء فعلى الأول أن يكون لهذا الجمل وللآخر البغل فاشتركا على أن كلا يؤجر ما لكل واحد فما رزقوا فهو بينهما وذلك باطل لأن حاصل معنى هذا أن كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على أن ثمنه بيننا وصرح بهذا كانت الشركة فاسدة ثم إن أجراهما بأجرة معلومة صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لأن الشركة لما فسدت والإجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان البدل مقسوما بينهما كذلك كما ينقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤجرا البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة تقبل فالأجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا تعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الأعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت وإن أجر البعير والبغل بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه بدل منافع ملكه ... يعمل فيتحرى الذي كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الأجر عند أبي يوسف بالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابة إلى رجل ليؤجرها على أن الأجر بينهما نصفان فإن الأجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا أن تقديره أنه قال بع منافع دابتي ليكون الأجر بيننا ثم الأجر كله لصاحب الدابة لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بأمره وللعاقد أجر مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع إليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفوع إليه على أن الربح بينهما نصفان فإن الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها لأن العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثله والربح للعامل وهو صاحب الطعام لأنه كسبه وعلى الثاني أن يكون لهذا البغل وللآخر مزادة فاشتركا على أن يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وقال أحمد والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل المزادة إن كان صاحب البغل وأجر مثل البغل إن كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاد ومزايد أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو نقل الماء وأما وجوب الأجر فلأن المباح صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجره **قوله** وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال كالألف لأحدهما مع الألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وإن كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل الآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل ويقسم نصفين بينهما لأن الربح في وجوده تابع للمال إنما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال المؤكد ونظيره البذر في المزارعة والريع الزيادة **قوله** وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة مفاوضة كانت أو عنانا إذا قضى بلحاقه على الثبات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وإن لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه فهما على الشركة وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف

فصل وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه لأنه ليس من جنس التجارة فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن إذا لم يعلم وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الآمر بنفسه لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعد ما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعري أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار وفي مسألتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصودا فيه

فإن مات بطلت من وقت الردة وإذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف بل تصير عنانا عند أبي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وإنما بطلت الشركة بالموت لأنها تتضمن الوكالة أي شرطها ابتداء وبقاء وبقاؤها بها ضرورة فإنها لا تتحقق ابتداء إلا بالولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية إلا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل وبطلانها باللحاق لأنه موت حكمي على ما بينا من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما إذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لأنه عزل حكمي فإن ملكه يتحول شرعا إلى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذ الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومالها دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي لأنه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما إذا كان مال الشركة دراهم أو دنانير لأنه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن أصحابنا وإنما الرواية في المضاربة وهي أنه إذا نهى المضارب عن التصرف فإن كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهيه إلا أنه يصرف الدراهم بالدنانير إن كان رأس المال الدنانير وعكسه فقط وإن كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وإن كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بأن مال الشركة في أيديهما معا وولاية التصرف إليهما جميعا فيملك كل منهما نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان أو عرضا بخلاف مال المضاربة فإنه بعد ما صار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك ربه نهيه

فرع إنكار الشركة فسخ وقوله لا أعامل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا لقيمته نصيب شريكه وفي الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم إنه فرق فقال إن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل يعني أما هنا بخلاف الشريك فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه انتهى وهذا غلط فقد نص على انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فإن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها إلا برضى صاحبهما وفي الرضا احتمال يعني إذا كان ساكتا والموجب عدم وقوع المشتري على الاختصاص فلا يشكل على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رءوس أموالهم فخرج واحد إلى ناحية من النواحي ليشتري فتشارك الحاضران أخرا على أن ما رزق الله تعالى فهو أثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع إليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل العمل معهم بذا الأمر حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعملهم بعد ذلك رضا بالشركة لأن هذا أخص من السكوت

فصل لما كانت أحكام هذا الفصل أبعدت عن الشركة إذ ليست من أمور التجارة ذكرها مستدركا أفردها بالفصل قوله وإن أذن كل أن يؤدي زكاته إذا حال الحول فحال فأدى وقد أدى الإذن الآخر ضمن لشريكه ما أداه علم بأداء الأول أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يعلم بأدائه هكذا ذكره في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الولوالجي أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم ... ان عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا إلى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة وهذا الخلاف فيما إذا أديا على التعاقب فإن أديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ... وزيادات ... وعلل بما نقل عن المبسوط بأن زكاة كل منها تقع بأدائه بنفسه وأداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل وينبغي أنه ... التسليم

قال وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لأن الملك واقع له خاصة والثمن مقابلة بالملك وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد وكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

إن أداه ثم ضمن ... الوكيل ... لا ينعزل إلا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب أنه أداه بالأمر ولا ضمان مع الأمر ولا يقال إنما أمره بأداء مأمور زكوة لأنا نقول ليس في وسع الوكيل لأن وقوعه زكوة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته وإنما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه إلا الأداء ولهذا لو دفع إلى رجل بأداء دينا عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن إذا دفع ولم يعلم وصار أيضا كدم الإحصار إذا ذبح المأمور بعد زوال الإحصار ولأبي حنيفة أنه مأمور بأداء الزكوة والمؤدي بعد أدائه زكوة فصار مخالفا وهذا لأن الظاهر أنه لا يلزم الضرر تنفيذ لما له إلا لدفع الضرر الديني وقد خلا أداء كل عن ذلك فصار بأدائه معزولا علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي لا يتوقف على العلم كالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا وأما الدم ثم ... فقيل بمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيهما بل قوله بالضمان فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق أن الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لأنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار أو يدرك الحج أو لم يدركه ليتحلل بأفعال ... ولا بد ... لا أداؤه واجب فاعتبر الإسقاط مقصودا فيه وأما مسئلة الدين فالفرق أنه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وإن كان الآخذ دائنه وهذا لأن عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يفت لإمكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى ... لم يقطع عن قولهما ليس في وسعه إيقاعه زكوة فكان المأمور به دفعه إلى الفقير وقد فعل ... موقوف على كون الأمر صحيح ... مقيد بوقوعه زكوة وهو ممنوع وقد قيل لما أمره بأداء الزكوة كان مأمورا بالمبادرة إلى الأداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الآمر كان تأخيره سببا لوقوعها غير زكوة ولا يخفى ما فيه قوله وإذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشتري جارية ويطأها ففعل واشترى ثمنها من مال الشركة فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة وقالا يرجع الآخر عليه بنصف ما أدى لأنه أدى دينا عليه من مال الشركة لأن الملك فيها له خاصة لطعامه وله أن الجارية دخلت في الشراء على الشركة جبرا على موجب المفاوضة إذ لا يملكان تغييره فكان ... الإذن ... بالوطء يتضمن هبة نصيبه منه إذ لا يحل الوطء إلا في ملك ولا يمكن إثباته بالبيع لأحد الشريكين لما بينا من عدم ملكهما تغيير مقتضى العقد ولأنه لا شريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وإن كان شائعا واستشكل بأنه لو ثبت الملك للإحلال لكان قول الرجل للرجل أحللت لك وطء هذه الأمة تمليكا لها منه وهو ممتنع وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة قبل التملك للشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالإحلال شيئا منها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الأجنبي وأما من زعم التملك كالأب والجد فإنه غير محفوظة في تملك الجارية بالإحلال

كتاب الوقف

مناسبته للشركة أن كلا منهما يراد لاستبقاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة عليه إلا أن الأصل في الشركة مستبقى في ملك الإنسان وفي الوقف ... ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الأحياء والموتى لما فيه من إدامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج إلى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه أما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت أي حبست قال عنترة * ووقفت فيها ناقتي فكأنها * فدن لأقضي حاجة المتلوم * وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ومجيئهما في قولك وقفت زيدا أو الحمار فوقف وأما أوقفته بالهمزة فلغة رديئة وقال أبو الفتح بن جني أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وأرضي ولا يعرف أوقفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر أعني الوقف في الموقوف فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال فقيل وقف وأوقاف كوقت وأوقات وأما شرعا فحبس العين على ملك المالك والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها إلى من أحب

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه

وعندهما حبسها على ملك حد غير الله تعم الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسياتي تمامه فلا حاجة لافراده بها ايضا وانما قلنا او صرف منفعتها لان الوقف
يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لابد في آخره من القربة لشرط التابيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون
وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا ببر الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز واما شرطه فهو الشرط
في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا واما
الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطي لمساكين المسلمين واهل الذمة وان خص في وقفه مساكين
اهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة
ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على ان من اسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج
اعتبر نص على ذلك الخصاف فلا نعلم احدا من اهل المذهب تعقبه غير شارح يسمى الطرسوسي شنع بانه جعل الكفر سببا للاستحقاق والاسلام سببا
للحرمان وهذا البعد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له ان يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله ان يخص
صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع في كلهم قربة ولا شك ان التصدق على اهل الذمة قربة حتى جاز ان يدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات
عندنا وان دفع الى صنف فوجب ان يكتفي بتخصيص صنف دون صنف من الفقراء ارأيت لو وقف على فقراء اهل الذمة ولم يذكر غيرهم اليس يحرم منه فقراء المسلمين
ولو دفع المتولي الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال والسبب هو اعطاء الواقف
المالك وشرط صحة وقفه ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان
ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم خلاف ابي حنيفة في الوصية فانه انما شرط ان يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط
الوقف كالوصية ولو انكر فشهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على ان يحج به او يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف
ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم واما المرتد اذا وقف حال ردته ففي قول ابي حنيفة موقوف ان قتل على ردته او مات بطل وقفه وقول
محمد اذا انتقل دينا جاز منه بالجزية لا لاجل ذلك لعين اما المرتدة فابو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل واما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا في اي وجه كان ثم ارتد
يبطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان اعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف في وقف المرتد
خلافا بين اصحابنا مبنيا على الخلاف في الذمي تيزندق يهوديا او نصرانيا او مجوسيا قال بعضهم لعدم على اختاره واقرار الجزية عليه لانه ان اخذته بالرجوع
فما اراده من كفر الى كفر ولا اسئل ذلك وقال بعضهم لا اقر على الزندقة واما الصابئة وان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة
وان كانوا يقولون بقول اهل الكتاب صح منه وقفهم ما يصح من اهل الذمة وجميع اهل الاهواء بعد كونهم من اهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم
اهل الاسلام الا ترى الى قبول شهادتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم واما الخطابية فانا لم نقبلها لانه قيل انه يشهد بعضهم لبعض بالزور على من
خالفهم وقيل لانهم يشهدون بصدق المدعي اذا حلف انه محق ومن شروطه الملك وقت الوقف حتى لو غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع
ثمنها اليه او صالح على مال دفعه اليه لا يكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على انه هو الواقف اما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فاجازه
جاز بشرط الحكم والتسليم او عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بوقف الفضولي كذا لو اوصى لرجل بارض فوقفها الموصى له بها في الحال ثم مات الموصي لا يكون وقفا وكذا

قال رحمه الله الوقف لغة هو الحبس يقال وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده

لو باع ارضا على انه بالخيار الى وقت كذا فقبضها المشتري فوقفها ثم اسقط البائع الخيار لا يجوز الوقف وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وسيأتيك

فروع آخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه ان لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر القاضي عليه لسفه او دين فوقف ارضا له لا يجوز لان حجره لئلا يخرج ماله عن ملكه ليضر بارباب الديون او بنفسه كذا اطلقها الخصاف فينبغي انه اذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع ان يصح على قول ابي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا واما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو اجر ارضا سنين فوقفها قبل مضيها لزم الوقف بشرطه ولا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن ارضه ثم وقفها قبل ان يفتكها لزم الوقف فلا يخرج عن الرهن بذلك لو اقامت سنين في الرهن ثم افتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك الملك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات احد المتواجرين تبطل وتصير وقفا واما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند ابي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به او ان يلحقه حكم به وعند ابي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا او دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة وسلما الى متول فاما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا باس ان نسوق شيئا من الالفاظ كالارضي هذه صدقة او قال تصدقت بارضي هذه على المساكين لا يكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه كمن عليه زكوة او كفارة فمات بلا ايصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا يصح الا عند ابي حنيفة فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان مفيدا لخصوص المصرف اعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ونحن نفتي بقوله ايضا لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول ابي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو كان موقوفة على الفقراء صح عند هلال ايضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة او حبس ولو كان في محل مثل هذا العرف يجب ان يكون كقوله موقوفة وكذا اذا قال للسبيل ان تعارفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك والا سئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه او قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها او بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان اراد الوقف فهي وقف او الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية لان ادنى ما يثبت به عند الاحتمال اولى واخرجه في فتاوى الخاص بانه لا فرق بينهما وذكر في احدهما اذا لم يكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى ان كونه ميراثا انما هو لكونه نذرا لان المنذر به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احديهما والا فلا شك ان في كل منهما اذا لم يكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به والا بقيته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وابو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة ومؤبدة بمنزلة موقوفة وهي معروفة عند اهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس او محبوسة موقوفة لانه ينبغي موقوفة فكان كافراد لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمرة لا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا وتصييرها للكلام لا يمكن كما لو قال جعلت كرمي بما فيه وقفا ينبغي ان لا يدخل الثمن لما تذكر ولو زاد وقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي ان لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق يجري الوقف على انها العبارة الوافية الا ان قوله في الاسرار لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة

وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

من يجز الوقف يفيد ان فيه خلافا ولا يخفى فان التابيد ان يجعل في اول الامر او آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك قوله موقوفة بعد تم بمنزلة صدقة موقوفة قوله قال ابو حنيفة ره لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم اي بخروجه عن ملكه او يعلقه اي يعلق الوقف بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف ره يزول بمجرد القول الذي قدمنا صحة الوقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه وبعد ذلك القول وبه اخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند ابي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس لا معنى له لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف الا مشيئة التصدق بمنفعته وله ان يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان ابو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما اراد المص بقوله وهو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط فح فيقول من اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند ابي حنيفة ره لا يجوز صحيح لانه ظاهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن له اثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الا الاحكام التي ذكرنا انها احكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فابو حنيفة لا يجيز الوقف اي لا يثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان اخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه فرع يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين ابدا او لفلان وبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المص ره وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة سوى الى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لان ملك الله تعالى في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضي خان الا ان عند ابي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا الى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الاصح عند الشافعي واحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن احمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لا تمتنع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعي واحمد لانه عم قال حبس الاصل وسبل الثمرة انتهى وهذا احسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروجه لا الى مالك وثبوت ملكه او ملك غيره مع منعه من بيعه وهبته ولكل منهما نظير في الشرع فالاول المسجد وغيره ومن الثاني ام الولد الملك فيها باق ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما ممكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والا لخرج الى ملك آخر لم بايناه غيره وهي في بعضها لقوله ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها اي بالثمرة او الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المص وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله عليه الصلوة والسلام لعمر تصدق وعليه جمع المقصود ان مختلفان لان معنى تصدق باصلها ملكه الفقير لكنه سماه ومعنى حبس احبسه على ما كان ولا يمكن ان يراد بهما الا معنى احدهما والا كان عليه الصلوة والسلام مجيبا لعمر في حادثة واحدة بامرين متنافيين فاما ان يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه اذ لا يقول احد من الثلاثة بملك الفقير للعين فوجب ان يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول ابي حنيفة ره فيحبس على ملك شرعا واذا احبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس

حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده ان يسلمه الى متول ثم يظهر الرجوع فيختصمه الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبطله قاض قبل ان يحكم به يكتب في صك الوقف ان ابطله قاض فهذه الارض باصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يتمكن احد من ابطاله لعدم الفائدة له في ذلك لان الوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا ابطله قاض يصير وصية تعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضي خان قيل ينبغي ان يكون هذا اذا وقف في صحته اما اذا وقف في مرضه فينبغي ان يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة محمد ما ذكره لم يكن وقف في المرض او كان فيه لكنه يخرج من الثلث **قوله** واللفظ ينتظمهما اي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري او حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما والترجيح اي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة من قبلهما انما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك من قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم استدل بدليلهما فذكر حديث ثمغ وهو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين بلا تنوين للعلمية والتانيث وفي غاية البيان انها في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما في زعمه قال محمد بن الحسن في الاصل اخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر عن عمر بن الخطاب كانت له ارض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس فتصدق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وما في الكتب الستة عن ابن عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبت ارضا لم اصب مالا قط انفس منه فكيف تامرني به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد اشار الشيخ الى احتمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له والطريق الى تحقيق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة الجارية اللزوم وتقرير المعنى انه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه وتمكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين ذلك سقوط الملك طريقا بل يتحقق بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك عن هذا الشيء فلا يقدح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقديره يحصل مطلوبهما لانه اذا ثبت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما الى ذلك لاعتقاد الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظيرا خرج عن ملكه بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق ويستجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله اسند الطحاوي في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما نزلت سورة النساء وانزل فيها الفرائض نهى عن الحبس روى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن لهيعة عن اخيه وضعفهما ورواه ابن ابي شيبة موقوفا على علي ثنا هشيم عن اسمعيل بن ابي خالد عن الشعبي قال قال علي لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من كراع او سلاح وينبغي ان يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا سماعا والا فلا يخلو والشعبي ادرك عليا ورؤيته منه في البخاري لم تثبت وما

وكان الملك يلحق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رض قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ

شريح فرواه ابن ابي شيبة في البيوع ثنا وكيع وابن ابي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس واخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل **قوله** ولان الملك الخ ظاهره مصادرة بجعل الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف و تعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما ان يكون ذلك للمالك لغير الواقف او له واتفقا على انه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب ان يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون ممن ملكه للعين الا ان يوجب موجب لا مرد له خروجه عن ملكه ان تصرفه بولايته غير المالك لم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله ان المسجد جعل على الخلوص محررا عن ان يملك العباد فيه شيئا غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق اجمعين اصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع به العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما الحق المسجد بها وايضا قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عنه لو ثبت ان يكون ملكا له اذ لا تصدق بلا ملك ولا ينقضي قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة ان الآدمي خلق بالكرامة حرا وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت للتملك فبالوقف لا تعود الى اصل هو عدم المملوكية بل الى التبعية لملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيده اختياره من عدم الخروج من ملكه لكن ابا حنيفة رح يجعل عدم الخروج مانعا من تمام لزوم صدقة او نزا ليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرناه في ام الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلوة والسلام لا يباع ولا يورث الخ وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك اولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة ابي بكر ثم عمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة واسماء اختها وام سلمة وام حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن ابي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر ابي اروى الدوسي وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها بروايات وتوارث الناس اجمعون ذلك فلا يعارض بمثل هذا الحديث الذي ذكره على ان معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد ان يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلهذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ ان الفتوى على قولهما **قوله** واما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلته اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله ان يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط وكذا لو قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت ارضي الوقفيات لم تجز وقفوا ان بيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ذكره محمد في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا ايضا عند ابي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي ولا الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية فيصح الرجوع ههنا اما لو قال ان قدم ولدي فعلي ان اقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء

قال وإذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ وإذا استحق مكان وإذا صح **قوله** وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره **قال** ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف رحمه الله لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله أيضا اعتبارا بالهبة والصدقة المنفذة إلا في المسجد والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل أيضا عند أبي يوسف لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولأن المهايأة فيهما في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة

إلى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم إلى القيم تم الوقف فإذا سلم إلى قيم كان وكيلا له أن يعزله وينعزل بموته إلا إذا جعله قيما في حياته وبعد موته وكذا اتفق عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها إلى قيم المسجد **قوله** وإذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه وهذا مذهب عامة علماء الأمصار إلا في قول عن الشافعي وأحمد أنه يدخل في ملك الموقوف عليه إذ كان أهلا للملك إلا أنه لا يباع ولا يملك [illegible] الأول لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل منه بشرط المالك الذي هو الواقف لأنه لا ملك له فيه لكنه ينتقل بالإجماع على [illegible] قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أي القدوري خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما لأن الصحة [illegible] ولم يقل إذا لزم خرج من ذلك الواقف ليكون على قول الكل بل قال وإذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون حكمه اللزوم كالبيع والإجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر أنه تجوز بالصحة عن اللزوم **قوله** ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز هذا الخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع لأن القسمة من تمام القبض [illegible] القبض يجب وعند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أبي يوسف في شروطه يجيز [illegible] وهم مشايخ بلخ ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخارا أخذ بقوله في وقف المشاع وإنما ألحق محمد بالهبة والصدقة المنفذة أي المنجزة في حال الحياة [illegible] مشاعا فإنه الصدقة المستمرة وفرق أبو يوسف بأن اشتراط القبض في تينك لما فيهما من التمليك للغير وأما الوقف فليس فيه تمليك [illegible] حتى يشترط القبض وإنما هو إسقاط الملك بلا تمليك فأشبه العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل أن المشاع إما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها فيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه إلا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على إجازة وقفه إلا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي سواء كان مما لا يحتمل القسمة أو يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترط أبو يوسف جاز وقفه ولما شرط محمد منعه لأن الشيوع وإن لم يمنع من التسليم والقبض ألا ترى أن الشائع كان مقبوضا للمالك قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فإذا منعه محمد رحمه الله عند إمكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فإنه يمكن أن يقسم أو لا ثم يقفه وإنما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لا يحتملها لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقيق التسليم في جملته وإنما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لأن الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولأن جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يفضي إلى التهايؤ والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستقبح وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما أو مسكنا عاما وأما النبش فليس بلازم من المهايأة بل [illegible] ذلك ثم فيما يحتمل القسمة إذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله ويتهايؤون وعندهما يقسم وأجمعوا أن الكل لو كان وقفا على الأرباب وأرادوا القسمة لا يجوز وكذا التهايؤ عليه فرع لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا وإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فإن هذا الوقف جائز على هذا الشرط فإذا انقرضوا أكريت ووضع غلتها للمساكين وليس لأحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الإعارة لا غير ولو كثروا ولا ولد الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم إلا السكنى بالقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا وإناثا إن كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور أن يسكنوا نساءهم معهم وللإناث أن يسكن أزواجهن معهن وإن لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن يقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة إنما سكناها لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم ومن هذا يعرف أن لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة

ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لأن الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب أو وقف في مرضه وفي المال ضيق لأن الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة **قال** ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا وقال أبو يوسف رحمه الله إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وإنه يتأبد كالعتق فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص

حصة على المساكين بل إن أحب أن يسكن معه في نفسه من كان له دار بلا زوجة أو زوج إن كان لا حد يمم ذلك إلا ترك للتصنيف وخرج أو حبسوا معا كل في الحجرة إلى جنب الآخر والأصل المذكور في الشروح والفرع في أوقاف الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا إجماعهم على الأصل المذكور ولو قسما أعني الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبي يوسف رحمه الله فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانيا **قوله** ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه يعني شائعا بطل الوقف عند محمد رحمه الله لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارنا للوقف كما في الهبة إذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب في البعض ورجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فإنه لا يبطل الباقي لأن الشيوع طارئ وإذا بطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف لو كان حيا وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشتري بثمنه بجملته وقفا ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق المعين لا تبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لأن المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لأن الكل صدقة غاية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان فإن كلا منهما تصدق بنصيبه عقدة على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا تجوز حتى لو تصدق بنصفها شائعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لأن قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا فكذا قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها إليه جميعا جاز لأن تمامها بالقبض والقبض مجتمع **قوله** ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه وقال أبو يوسف إذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم هذا كلام القدوري وهو كما ترى خلافا بينا سبب استدلال المصنف على قول أبي يوسف لقوله إن موجب الوقف يعني بعد التسليم إلى المتولي عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة رضي الله عنه زوال الملك بلا تمليك فيتأبد كالعتق وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا فإنه إنما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده إلى الواقف بعد انقطاع الملك لجهته أو إلى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال إذا انقطعت صارت للفقراء ثم نقل القدوري إنما هو على ما ذكره المصنف ثانيا عنه حيث قال وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع إلا أن أبا يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه لما بينا أنه إزالة الملك كالعتق وعند محمد يشترط قال المصنف هذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لأنه صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف إلى المؤبد بعينه فلا بد من التنصيص وكان الأولى أن يوفق بين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الأخرى ويذكر دليلها الأول إما دليلا أو لا وثانيا الرواية عن أبي يوسف بأن بعد انقطاع الجهة يرجع إلى ملك الواقف أو ورثته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فمنها ما في المبسوط فيما إذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأي امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة إلى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة إلا أن قال فإن لم يبق منهن كان ميراثا على فرائض الله عند أبي يوسف لما بينا أنه توسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد فاشتراط العود إلى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه

عنده فاما عند محمد التابيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا ان يجعل ذلك وصية بعد موته فيجوز كالوصية بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزم ويعود الى الورثة اذ اسقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل الناطفي في الاجناس عن مشروط محمد بن مقاتل عن ابي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى ولو اعرف عن ابي يوسف من جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق اصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان واما الشرط الذي تقدم وهو قوله ان تزوجت او خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها او مات او عادت بعد انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها باحد هذه الصفات فلا يعود الا ان نص على ذلك فيقول فان عادت او فارقت عاد ما كان لها **قوله** ويجوز وقف العقار وهو الارض مبنية كانت او غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون وقفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضي خان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف للاستقلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيه خلاف كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل او لا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف ايضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا يدخل الزروع كلها الا ما كان له اصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجرة تقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض اصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وتلفى سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل ماء في ارض مملوكة او طريق **وقوله** لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقفوه قد سنذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا واسانيده مذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه واخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن ابيه ان الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف دارا على المردودة من بناته قال المردودة هي المطلقة والفاقدة لانها مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا جعلها لابن السبيل صدقة واخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي انه كان يقول انا ابن سبع الاسلام اسلم ابي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام واسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر ان نسخة صدقته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى ان قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق ابو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر رضي الله عنه بربعه وتصدق سعد بن ابي وقاص بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على ابي حنيفة في عدم اجازة الوقف **فرع** اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغنى بشهرتها عن تحديدها **فرع** آخر وقف عقارا على مسجد او مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل ان يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز ويصرف غلتها الى الفقراء الى ان تبنيا فاذا بنيت ردت اليها الغلة اخذا من الوقف على اولاد فلان ولا اولاد له يحكم بالصحة وتصرف غلته الى الفقراء الى ان

ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رض وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رح معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رح يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رح معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا له في سبيل الله تعالى وطلحة رض حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليه

ان يولد لفلان **قوله** ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول كذا قال القدوري قال المصنف وهذا على الارسال اي على الاطلاق قول ابي حنيفة رح ثم قال القدوري وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز والاكرة الحراثون وكذا سائر آلات الحراثة اذا كانت تبعا للارض يجوز لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود منها وقد ثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كبيع الشرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وكذا كثير يستغنى عن تعداده ثم لو عرض لبعضهم تعطل عن العمل ان كان لكبر ونحوه جعل نفقتهم في مال الوقف صرح بها والا فالنفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كما لو قتل فاخذ ديته عليه ان يشتري بها آخر ولو جنى احدهم جناية فعلى القيم ان ينظر وان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه او فداه من مال الوقف واذا فداه بفدية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لهل الوقف من الدفع والفداء شيء فان فدوه كانوا متطوعين ومحمد مع ابي يوسف يعني فلا معنى لافراد ابي يوسف لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده اي عند محمد فتجويزه تبعا للعقار اولى وضمير لانه للشأن فلو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فانه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المص وقال محمد يجوز حبس الكراع وهي الخيل والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه ايضا في ذلك على ما قالوا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل من شرط التأبيد والمنقول لا يتأبد وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه اي الكراع والسلاح منها قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين عن ابي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه الله واما خالد فانكم تظلمون خالدا وقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله واما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي علي ومثلها ثم قال اما شعرت ان عم الرجل صنو ابيه واما ما ذكر المص من ان طلحة حبس دروعه وفي رواية وادراعه فلم يعد وان لم يعرف جمعه على كراع لان فعالا لا يجمع على افعال بل على افعل ككتاب واكتب اما ذكره في الصحاح من قوله والجمع اكرع ثم اكارع الا ان الطبراني اخرج عن ابن المبارك ثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن ابي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا ان اموت على فراشي وما من عملي ارجى من لا اله الا الله وانا متترس بها ثم قال اذا انا مت فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله ذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عمل شيء ارجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها وانا متترس والسماء تهلني ننتظر الصبح حتى نغير على الكفار واذا عرف هذا فالابل تدخل في حكم الخيل بالدلالة لان العرب يغزون عليها مع انه روي ان ام معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني اريد الحج افاركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فان الحج والعمرة في سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز واما وقفه مقصودا ان كان كراعا وسلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والفأس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى لقاضي خان وقف بناء بدون ارض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف ما يفيد ان الارض اذا كانت متقررة للاحتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء دار له دون الارض انه لا يجوز قيل له فما تقول في حوانيت السوق ان وقف رجل حانوتا منها قال ان كانت الارض اجارة في ايدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لانا رأيناها في ايدي اصحاب البناء توارثوها وتقسم منهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم وانما له غلة يأخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في ايديهم يتبايعونها ويؤجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويغيرونه ويبنون غير ذلك فاذا كان مثل ذلك جاز وقف البناء فيه والا فلا وذكر في موضع آخر من فتاوى قاضي خان ولو بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميراثا ثم ذكر انه

وعن محمد رحمه الله أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد رحمه الله وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل القياس وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

إنما خص البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام يعني وذلك غير مملوك له ثم قال هذه المسألة دليل على جواز وقف البناء بدون الأصل ثم نقل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو إجارة وإن كانت ملكا لواقف البناء جاز عند أبي جعفر وعن محمد إذا كان البناء في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى وإطلاق الإجارة يعارض قول الخصاف في أراضي الحكور اللهم إلا أن يحمل تخصيصها بسبب أنها صارت كالملاك على ما ذكره وسنذكره وفي الخلاصة إذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر لا يكون مقصورا على هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس يأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعلى قول محمد أكثر فقهاء الأمصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي وأما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لأن حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع ومعارضة المعارضة بأن حكم الوقف الشرعي التأبيد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما ولا يلحق دلالة أيضا لأنه ليس في معناهما وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل قال إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الأنصاري وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم والطعام أو ما يكال أو ما يوزن يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لأنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند الأكسية وأستره الموتى إذا وقفت صدقة أبدا جاز فتدفع الأكسية إلى الفقراء فينتفعون بها في أوقات لبسها ولو وقف ثورا للإنزاء لم يصح ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على أن يمسكه ما دام حيا إن أمسكه للجهاد له ذلك لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن لجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه وإن أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل إلا إذا احتيج إلى النفقة فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه المسألة دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه انتهى وهذا عندي غير صحيح لأنه لا يعود النفع الذي لأجله استثنى أبو يوسف المسجد من جواز المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما وإصطبلا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل إنما يؤجر بعض ذلك فيقول غاية ما يكون السكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه وإقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك أن باحتياجه إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا نعم إن خرب ما حوله واستغني عنه فلم لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لأبي يوسف إذا لم يكن كذلك فيجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجواري على

قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِما ومقاسَما ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وإن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

مصالح الرباط او ازوج السلطان او القاضي جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان في الاول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا لو زوج امة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن **فروع** الوقف المنقول وقف دارا فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفها الحمامات الا بلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل ابو بكر عن وقف شجرة باصلها والشجرة مما ينتفع باوراقها وثمارها قال الوقف جائز وينتفع بثمارها ولا يقطع اصلها الا ان تفسد اغصانها فان لم ينتفع باوراقها وثمارها فانها تقطع ويصرف ثمنها الى سبيله فان نبتت ثانيا والا غرس مكانها وسئل ابو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقي بعضها فقال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقي متروك على حالها **قوله** واذا صح الوقف اي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري واذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ثم قوله لم يجز بيعه ولا تمليكه هو باجماع الفقهاء الا ان يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند ابي يوسف فتصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الى لزومه لانه لا يدوم خيره حتى يملك الواقف وبلا ملك لا تمكن من البيع واما جواز القسمة اي عندهما فان على قول ابي حنيفة لا يجوز الا ان قضى القاضي بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات فلانها تمييز معنى وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف عند ابي يوسف وفي وقف المشاع انما يجوز على قوله ولو طلب الشريك القسمة بعد موته فالقسمة الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فللقسمة طريقان احدهما ان يقاسمه القاضي بان يرفع الامر اليه ويطلب منه القسمة فيامر رجلا ان يقاسمه الثاني ان يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ان احب هذا لان الواحد لا يصلح ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم بان يكون احد النصفين اجود من الآخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الآخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع بعض الوقف لا يجوز وان كان الآخذ شريكه بان كان نصيب الوقف احسن جاز لان الواقف مشتر لا بائع فكانه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله ان اعطى الواقف لا يجوز يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه اخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قائما عامرا اما اذا انهدم ولا حاصل يعمر به فيجوز لانه رجع الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر لان الوقف بعد ما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وانت تعلم ان قول محمد برجوعه الى ملك الواقف اولى من قوله في المسجد لان خلوصه لله اقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك شرط الفائدة وتحقق انتفاؤها اذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمر ومن فروع ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته وان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى القاضيخان اذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروي عن محمد لو ضعفت الارض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها اخرى هي اكثر ريعا كان له ان يبيعها ويشتري بثمنها ما هو اكثر ريعا واما قول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولي على الوقف من وارث او سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا والفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع ومنها ما هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في ارض وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار

قال والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها ثم إن كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهي في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة **قال** فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير المالك

بل تكرى الدار ويستعان بحصتها (؟) لجواز على العمارة ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القلع بل بعده كذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة و في غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لأنها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقطع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي أن تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم إلا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره إذا استغنوا عنه **قوله** والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك ولم يشترط لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك بصرف الغلة مؤبدا ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لأداء العشر والخراج والبذر وأرزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لأن حصول منفعتها في كل وقت لا يتيسر إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك وإن كان يستحق بلا اشتراط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة فإذا شرط ذلك في الصك يقع الأمن بالشرط قال المصنف ولأن الخراج بالضمان أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي بكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى أنه يرد العبد على البائع بالعيب فيرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وإنما طابت له لأنه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لأنه في يده انتهى ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم في معناه الغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى المثل ويستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله وصار أي عمارة الوقف كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها تكون على الموصى له بها **قوله** ثم إن كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم لأنه يتعسر أن يلزموا العمارة لعدم اجتماعهم ولعسرتهم وأقرب أموالهم هذه الغلة الكائنة للوقف فتجب العمارة فيها **قوله** ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهي في ماله أي مال شاء في حال حياته وإذا مات فمن الغلة ولم تؤخذ من الغلة عينا لأنه رجل متعين يمكن مطالبته ثم هو يعطي إن شاء من الغلة وإن شاء من جميع ماله ثم العمارة المستحقة عليه إنما هي بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها أما الزيادة فليست بمستحقة فلا تصرف في العمارة إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض أي لا يزاد على الصفة التي كان عليها وعند آخرين يجوز ذلك أي الزيادة والأول أصح لأنه صرف حق الفقراء إلى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة إذا احتيج إليها وتقطع الجهات الموقوف عليها لها إلا أن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل فيأخذ قدر أجرته وإن لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الإمام فخر الدين قاضي خان وقف ضيعة على مواليه مات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم منها ذلك العشر لأن القيم يأخذ ما يأخذ بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بلا عمل انتهى فهذا عندنا فيمن لم يشترط له الواقف أما إذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم **قوله** فإن وقف دارا على سكنى ولده أو غير ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى ولأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول وهو العمارة أولى من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لأن الجمع بين المصلحتين أولى من إبطال أحدهما ولا يجبر الممتنع على العمارة لما من إلزام الضرر بإتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فيما إذا انعقد عقد المزارعة وبينا من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك

قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لابد من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم **قال** واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رح ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف رح ولا يجوز على قياس قول محمد رح وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي رح وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رح ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه

ثم لا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لان المتقدم في خير التردد ولعلي دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه مترددة فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة او لرجائه اصلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه وانما قال آجرها الحاكم لانه لا تصح اجارة من له السكنى وعلله بقوله لانه غير مالك وفي تقريره طريقان احدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل ابيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها فلا يملكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجارة المستاجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالاولى ان يقال لانه يملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك اكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذي قبله يفيدان لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة ايضا ليس له ان يؤجرها لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليها عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشني انه رأى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك اجارة المتولي او القاضي ونقل عن الفقيه ابي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يسترم يجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه ان يؤجر وان لم يشترط ذلك فيجب ان يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستاجرها لم ار حكمه في المنقول من المذهب والحال فيها تؤدي الى ان تصير نقضا على الارض كوما تسفوه الرياح وخطر لي انه يخيره القاضي بين ان يعمرها فيستوفي منفعتها وبين ان يردها الى ورثة الواقف والله اعلم **قوله** وما انهدم من بناء الوقف وآلته وهو الحجر كالخشب والقصب ونحوه عطفا على ما صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج اليه وانت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارته ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها والا حفظ حتى يتهيأ ذلك وتتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون علوا لا يخل بالانتفاع بالوقف ولا يقرب من ذلك فيكون وجوده كعدمه ... حتى يحين وتجب العمارة وان تعذرت اعادته بان خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقي الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم ان عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف اما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته وقفا خلافا والمختار انه لا يكون وقفا فللقيم ان يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت **قوله** واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف هذان فصلان ذكرهما القدوري شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف وهو قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والزهري ومن اصحاب الشافعي ابن سريج ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرأي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وانما نسب الى الرأي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من اصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة وقيل ان هلالا اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي في المغرب هو تحريف بل هو الرأي بتشديد الراء لانه من البصرة لا من الري والرازي نسبة الى الري كذا صح في مسند ابي حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه لينفقه على الفقراء او بعضها وبعده للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض اي قبض المتولي فلما شرطه محمد منع اشتراط

فلأبي يوسف رحمه الله ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فدل على صحته
ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه
لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن
فيه ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

الغلة لنفسه لأنه لا ينقطع حقه فيه وأما شرط البعض لا ينقطع حقه ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه وقيل مسئلة مبتدأة غير مبنية وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية
ما إذا شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل يصح شرط
الغلة لأمهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الأصح وما قاله المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان فإن الكل جعلوا
الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولأمهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بأن حريتهم
تثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على أجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعا لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف إذا قال في حياتي وبعد
وفاتي يلزم أما لو وقف على عبيده وإمائه فلا يجوز عند محمد لأنهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه
التمليك للغلة أو للسكنى فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بأن تصدق على فقير بمال وسلم إليه
على أن يكون بعضه لي لم يجز لعدم الفائدة إذ لم يكن ملكا على هذا التقدير إلا ما ورد... وذلك لعدم... كذا في الصدقة الموقوفة وكشرط البعض لبقعة المسجد لنفسه
مبنيا ولأبي يوسف ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فإن الإجماع على أن الواقف إذا لم
يشترط لنفسه الأكل منها لا يحل له أن يأكل منها وإنما الخلاف فيما إذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف إلا أن في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا
ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال لم تزل حجر المدري أخبرني أن في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر ولأن الوقف
إزالة الملك إلى الله تعالى فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه كذا قرره المصنف على ما سلف لما في اشتراط
التسليم إلى المتولي عند محمد ينبغي أن يقرر بهذا الموقوف إزالة الملك الكائن بالعين وإسقاطه لا إلى مالك ابتغاء مرضات الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه
غير المنافي للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك كما إذا بنى خانا أو شرط أن ينزل فيه أو سقاية وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط
أن يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة روي معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث
المقدام بن معدي كرب عنه عليه السلام قال ما كسب الرجل كسبا أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة
وأخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال أيما رجل كسب مالا حلالا فأطعم نفسه أو كساها فمن دونه من خلق الله فإن له به زكوة ورواه الحاكم إلا أنه قال فإنه له زكوة وقال صحيح الإسناد
ولم يخرجاه وأخرجه الحاكم أيضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله
فهو له صدقة وما وقى به عرضه فهو صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما يعني وقى به عرضه قال أن يعطي الشاعر وذا اللسان المتقي وقال صحيح الإسناد
وأخرج الطبراني عن أبي أمامة عنه عليه السلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه السلام
قال للرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك الحديث فقد ترجح قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول
أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه
ما لو قال على أن يقضي دينه من غلته وكذا إذا قال إذا حدث علي الموت وعلي دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضائه فما فضل فعلى سبيله
كل ذلك جائز وفي وقف الخصاف إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف يجعل غلته سنة تامة وقبض سهامهم

ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل

قيل ان يخرج ذلك هل يكون ذلك للورثة او لاهل الوقف قال يكون للورثة لانه قد حصل في ملكه كان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه
بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك لو قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه اخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من كل عشرة اسهم سهما
سهم يجعل في الحج عنه او في كفارات ايمانه وفي كذا وكذا وسمى شيئا او قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهما يصرف في هذه الوجوه ويصرف
الباقي في كذا وكذا على ما سبيله (قوله ولو شرط الواقف ان يستبدل بها ارضا اخرى تكون وقفا مكانها فهو جائز عند ابي يوسف وهلال
والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها اخرى مكانها وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له
بعد استبداله مرة ان يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا ان يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا ان ينص له
بذلك على وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من المعاليم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل كان له ذلك وليس لغيره الا ان يجعله له واذا ادخل
واخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرط وله لو شرط للقيم ولم يشترط لنفسه كان له ان يستبدل بنفسه لان افادة الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال
للقيم بحياة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضي خان قول هلال وابي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل
الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف اذا غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها ارضا اخرى
فتكون وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا يفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض اخرى
وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه انظر لاهل
الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا لان اشتراطه عدم حكمه وهو التأبيد بل هو تأبيد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه
لا الى مالك فينبغي ان القول بجواز ذلك على وجه يقيد فيه شرط الذي ذكر شرطا في اصل الوقف اذا لم يخالف الشرع اياه وحينئذ فشرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره كون شمس الائمة ذكر مسألة ثم قال
وهذا ابتني على قول من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين لم يرجع عنه حينئذ كان ينبغي ان لا يوجب بيعها مع قيام حرمته ولو اريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان
اصل الوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرط الاستبدال وهو مسألة الكتاب او لا عن شرط فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين
لقاضي خان وان كان لا لذلك بل اتفق انه امكن ان يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان
عليه دون زيادة اخرى ولانه لا موجب لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيه على
ما كان ولعل محمل ما نقل عن السير الكبير من تجويز استبدال الوقف باطل الا في رواية عن ابي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب ابي يوسف
المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية فالاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضي خان اجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال
لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال اما بلا شرط اشار في السير الى انه لا يملكه الا باذن القاضي ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال
بنفسه اذا شرطه لا في القاضي فيما لا شرط فيه لا في اصل الاستبدال ذلك والا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا ان محل ما ذكرناه عن الانصاري
ما اذا لم يشترط لنفسه ثم اذا اشترى البدل صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على ان يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم ان يوصي بالاستبدال لمن
يوصي اليه عند موته بالوقف **من فروع الاستبدال** لو قال على ان ابيعها بالقليل والكثير او على ان ابيعها واشتري بثمنها عبدا بطل الوقف على فساد الوقف كذا
قال على ان ابطلها وقفا ولو شرط ان يبيعها ويشتري بثمنها ارضا اخرى تهاما اذا قال على ان استبدل بها ارضا اخرى ليس له ان يجعل البدل الا ارضا والعكس ليس له ان يستبدل ارضا

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد رحمه الله الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

الا انك قد تخلفت في جواز الارض [illegible] ان كانت [illegible] استبدال ولم يذكر مشائخنا [illegible] الشارح من الفقها
اوما [illegible] الثمن [illegible] ضمان عليه لو اشترى
[illegible] عليه
[illegible]
[illegible] ان عادت [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
الاستبدال [illegible] على ان يستبدل [illegible] الذي [illegible] شروط كما
[illegible] كان [illegible] ان يتصرف [illegible]
في ذلك [illegible] **قوله** ولو شرط اي الواقف الخيار لنفسه ثلاثة ايام بان قال وقفت [illegible] على انى بالخيار ثلاثة ايام جاز [illegible]
والشرط [illegible] ابي يوسف وقال محمد الوقف باطل وهو قول الشافعي واحمد وهلال قال [illegible]
[illegible] ليقطع حق الواقف ولا شك ان شرط الخيار يفوت هذا الشرط [illegible]
تمام [illegible] جواز شرط الخيار [illegible] ابي يوسف ان الوقف جائز [illegible]
[illegible] الملك لا الى مالك [illegible] على انه بالخيار [illegible] ويبطل الشرط [illegible] شرط الخيار [illegible] وقف المسجد [illegible]
قال الصدر [illegible] على قول محمد ينبغي ان يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر [illegible] الوقف [illegible]
شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالاكراه على الوقف فلا يتم [illegible] بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة [illegible] فيه بجماعة وكذا في [illegible]
فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في اصل الوقف تم [illegible] فيه وتقييد الخيار بثلاثة ايام ليس تقييدا بل ان يكون [illegible]
حتى لو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن ابي يوسف انه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم [illegible]
فالوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو ابطل الخيار قبل الثلث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار
في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرط اكثر من ثلاثة ايام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب
العقد فاذا اسقط قبل الثلث جاز ذكره في فتاوى قاضي خان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف ارضا على رجل على ان يقرضه
دراهم جاز الوقف وبطل الشرط في فتاوى قاضيخان ايضا قال الفقيه ابو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا لو وقف
ولو اشترى ارضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لا يكون للوقف بل له ان يضع به ما شاء فقد وقع اشترى ارضا على انه بالخيار
فوقفها ثم اسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم اسقط البائع الخيار لا يكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الارض

واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب ذكره هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشائخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل **فصل**

قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي كذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها ثم قبضها **قوله**

واما فصل الولاية فقد نص فيه اي القدوري على قول ابي يوسف حيث قال او جعل الولاية اليه جاز على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا قال المصنف وهو ظاهر المذهب ذكره هلال في وقفه فقال وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشائخنا الاشبه ان يكون هذا اي قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط الصحة الوقف فاذا سلم لم تبق له ولاية فيه فهذا يدل على انه لم يثبت تصريح محمد به ولذا اطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب اورد على هذا ان مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم ان لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لانه ينافي هذا الشرط وجهه حينئذ احد شيئين اما ان يقال ان يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولي فان الولاية يكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضي خان ذكر محمد في السير اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه ولا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى ان قال وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم الا ان شرط الولاية لنفسه واما على قول ابي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشترطها وشمل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والتتمة والآخر ان معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه فهي له انه اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد ايضا لان شرط الوقف ينتهي من ضرورته سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد سنا فرعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول ابي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا تكون له ولاية وغيره استفادة الولاية يستفيد منه تعالى ان يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير اجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم الى فيصير من يصلح لذلك وهو من لم يسال الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله تعالى لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى والتخريج للشافعي فيه فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطها لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله ولانه اقرب الناس الى الوقف فكان اولى بولايته دليلا على ذلك فان القاضي ليس اقرب منه اليه والفرض ان الواقف عدل مامون فهو احق من القاضي لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه الى الجهات التي عينها وهو انصح لنفسه من غيره فينتصب وليا وقوله كمن اتخذ مسجدا كان اولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه اما عمارته فلا خلاف يعلم فيه واما نصب الامام والمؤذن فقال ابو نصر فلاهل المحلة وليس للباني احق منهم بذلك قال ابو بكر الاسكاف الباني احق بنصبهما من غيره كالعمارة قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان يريد اماما ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم ان يفعلوا ذلك كذا في النوازل ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مامون على الوقف فللقاضي ان يخرجه نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا لو شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجه عنه ويوليها غيره لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مامون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بان ما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضي خان لو جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فاوصى احدهما الى صاحبه في امر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن ابي حنيفة لا يجوز لانه انما رضي برأيهما فيها لو جعل رجل ضيعة وقفا في مرض الموت فجعل رجلا وصيا لنفسه ولم يذكر من امر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا يكون الى الوصي على انه وصي في امر الوقف خاصة قال ابو يوسف هو كما قال فقال ابو حنيفة هو وصي في الاشياء كلها

فصل لما اختص المسجد باحكام تخالف احكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند ابي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا التسليم

وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة رح عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلوة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رح ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد رح أنه يشترط الصلوة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل **قال** ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رح على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف رح أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد رح أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا **قال** وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف رح أنه يصير مسجدا لأنه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر

ولا يجوز شراؤها عند أبي يوسف لاشتراط التسليم إلى المتولي عند أبي محمد أفرده بفصل على حدة وأخره هنا ويمكن أن يجعل من ذلك بعضا من لو اشترى أرضا شراء فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة أنه لو اشترى أرضا شراء فاسدا وبناها مسجدا جاز عند أبي حنيفة وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الأرض إلى البائع لفساد البيع قال فاشتراط البناء له دليل على أن لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكر هلال أنه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أيضا روايتان والفرق على أحدهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة أما المسجد فخالص حق الله تعالى ما هو خبيث لا يصلح مقاصده ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد أو كان له أن يبطل المسجد **قوله** وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس في الصلوة فيه فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول إلا بالصلوة بجماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا ما قوله لما قلنا إن الملك لما لم يزل بمجرد القول فمشى محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا تعيين المتولي لأن تعيينه لتحقق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله تعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعته إليه غير أن المتولي يقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في إقباض الغلة لهم لكل وقف في العادة بخلاف ما يتعين لم تجر العادة في المسجد بذلك وليس له غلة ليستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو الصلوة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلوة المنفرد لأن قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفي لأن الصلوة إنما اشترطت لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلوة لأنها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلوة الجماعة ولذا اشترطوا كونها بأذان وإقامة عندهما ولو جعل له واحدا مؤذنا وإماما فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن أداء الصلوة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلوة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لكن في تجدده عليه ذلك لو وجد البعض وقولنا لا تعيين المتولي يفيد أنه لو سلمه إلى متول جعله له صح وإن لم يصل فيه وفي هذا خلاف المشايخ والوجه الصحة لأن بالتسليم إلى المتولي أيضا يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه ووجه أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم ما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها إلا التصدق بالغلة وهي معدومة ولا يصح بل توقفت مبنية على الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فإنه ليس مبنيا على الإبقاء في الملك فيحتاج إلى القضاء بزواله فإذا أذن في الصلوة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ويقتضي هذا أمرا آخر أنه لا يحتاج في جعله مسجدا إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قربة فكان كالوقف على فقراء ونحن نقول إن العرف جار بأن الإذن في الصلوة على وجه العموم والتخلية تفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما إلى ضيفه أو نثر نثارا كان إذنا في أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والإذن بالاستغلال ولو جرت به في عرف اكتفينا بذلك كمسألتنا والثاني أنه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن بالصلوة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول إذن في الصلوة ولم يأذن ويصير مسجدا لأنه إسقاط كالإعتاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف أن كلا من مجرد القول ومطلق الإذن كما قالا موجب لزوال الملك بصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف **قوله** ومن جعل مسجدا تحته

قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه

سرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض لغرض تبريد الماء وغيره او فوقه بيت ليس احدهما للمسجد ليس بمسجد وله بيعه ويورث عنه اذا مات ولو عزل بابه الى الطريق لبقاء حق العبد متعلقا به والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء لله سبحانه كان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكرنا اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفل حتى يمنع صاحبه ان ينقب فيه كوة او يتد فيه وتدا على قول ابي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا يهدم من البناء الا باذن ... مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب او العلو موقوفا لمصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن ابي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو ... وهذا التعليل للحكم بوجود الشرط فان التابيد شرط وهو مع المقتضي وانما يثبت الحكم بهما مع عدم المانع وهو تعلق حق ... هو تعليل لحكم الشيء بما هو متوقف على وجوده وعن ابي يوسف انه جوز ذلك في الوجهين لما دخل بغداد ورأى ضيق المنازل ... الرأي وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس فيه اذنا عاما له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ... حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه الاربع كان له حق المنع ولم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن ابي يوسف وعن محمد انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولن يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة بلا ذكر **قوله**

ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع ولا يورث عنه يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضي خان رجل له ساحة لا بناء فيها امر قوما ان يصلوا فيها بجماعة قالوا ان امرهم بالصلاة ابدا او امرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه اراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان امرهم بالصلاة شهرا او سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التابيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا ان لا يصير مسجدا فيما اذا اطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه اراد الابد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بما لم يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه ارض وقف عليه او حانوت جاز ان يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل اخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقا للعامة ادخل بعضه بشرط ان لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه ابي جعفر عن هشام عن محمد انه يجوز ان يجعل شيء من الطريق مسجدا او يجعل شيء من المسجد طريقا للعامة انتهى يعني اذا احتاجوا الى ذلك لاهل المسجد ان يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب او يحدثوا له بابا ولو اختلفوا ينظر ايهم اكثر ولاية لذلك لهم ان يهدموه ويجددوه وليس لمن ليس من اهل المحلة ذلك كذا لهم ان يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصير كل ذلك من مال انفسهم اما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله على القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر ... علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا اراد ان يبني حوانيت في المسجد او في فنائه لا يجوز له ان يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنا تسقط حرمة المسجد واما الفناء فلانه تبع للمسجد **قوله** ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يستغني عن الصلاة فيه اهل تلك المحلة او القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ومالك والشافعي وعن احمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روى ان عمر كتب الى ابي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد وعند محمد يعود الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع

يبقى مسجداً عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

هو ايضاً وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه وقنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتاً فافترسه سبع كان الكفن لمالكه وهدي الاحصار اذا زال الاحصار فادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء واستدل ابو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا ان لقائل ان يقول القربة التي عينت له هو الطواف من اهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على ان الايمان لم ينقطع من الدنيا راساً فقد كان مثل قس بن ساعدة امثال فالاوجه انه بعد تحقق سبب زوال الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من اهل الدنيا الا بسبب يوجب تجدد الملك فما لم يتحقق لم يعد واما ما قاس عليه من هدي الاحصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملكه لكنه انما اباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير واما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب ابي يوسف انه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجداً ليصلي فيه اهل تلك المحلة لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقاً اهل تلك المحلة وغيرهم واما استدلال احمد بان كتب عمر لا يفيده لانه يمكن انه امره بان تحول بيت المال في المسجد واستدلاله بالاستغناء بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيساً في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع ان يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه او ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشترى بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلاً وقفاً في محلة ومات اهلها كلهم لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا عن محمد فهو رواية في الحصر والبواري انها لا تعود الى الوارث وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه انه يصرف اوقافه الى مسجد آخر او حوض آخر واعلم انه يتفرع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد بخراب المحلة والقرية وتفرق اهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته انه يبطل الوقف ويرجع النقض الى بانيه او ورثته عند محمد خلافاً لابي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر بشيء البتة يخرج عن الوقف وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثاً ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناء للباني واصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتامل عند الفتوى غير الواقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن اوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي ان يبيعها ويشتري بثمنها اخرى قال نعم وروى هشام عن محمد انه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي ان لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله او خرابه بل اذا صار بحيث لا يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولي ان يبيع من تراب مسبلة اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضي خان وقف على سمين خرب ولا ينتفع به ولا يستاجر اصلاً بطل الوقف ويجوز بيعه وان كان اصله يستاجر بشيء قليل يبقى اصله وقفاً انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوماً وهي بحيث لو نقل نقضها استاجر ارضها من يبني او يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع انه لا يرجع منها اليه الا النقض فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن ارضه بحيث يستاجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى فامتنعت اجارته اما بخلاف هذه فان الدار وقفت لاستغلال الجماعة المسمين فلو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم بامر الوقف الى ان يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه ذلك كذا اذا يبس بعض اشجار الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض كذلك ولا يعطي المستحقون شيئاً من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيها سوى الغلة بل الحال ان امكن شراء شيء يستغل وقف عليها او جاء

قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه

الارض لبنيه لو قليلا فعل حفظ العمارة ما بقي ولو خرب الكل وتعذر ان يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا رجع الى ملك الواقف **قوله ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا** يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رح ولو سلمها الى متول لانه لم ينقطع حقه عنه الا ترى ان له ان ينتفع به في الحال فله ان يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت لتكون وصية فيلزم بعد الموت وله ان يرجع عنه قبل موته على ما مر لنا في الوقف على الفقراء بل اولى لان الثابت في كل منها لفظ ينبئ عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت وفي هذه الامور مع ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه بخلاف المسجد لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى بلا حكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو اصله وهو قول الائمة الثلاثة كما مر وعند محمد لا يزول حتى يستقي الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لان التسليم عنده شرط وتسليم هذه بما ذكرنا من سكناهم الخان والرباط الى آخره ويكتفي بالواحد في التسليم الموجب لزوال الملك لتعذر فعل الجنس اي تسليم الكل على تقدير تسليمهم وعلى هذا البير اذا احتفره والحوض يزول الملك اذا استقى منها واحد او شربت دابة ومن ذلك لو فصل قطعة ارض له في طريق المسلمين جعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد بناء على قول من يشترط القبض في الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين يلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤه بامره اياه ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه اعني السقاية والخان والرباط والمقبرة والبير والحوض لانه اعني المتولي نائب عن الموقوف عليهم ففعله اي تسليمه كفعلهم اي تسليمهم واما في المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون وقد قدمناه مع وجهه ووجه الصحة بان هذا اي المسجد يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم لانه متول له عرفا واختلف في المقبرة قيل كالمسجد على القول بانه لا يكفي في ازالة الملك عنه التسليم الى متول لانه لا متولي له فلا يزول الملك الا بالدفن فيها وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولي **قوله** ولو جعل دارا له بمكة سكنى للحاج والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها اي في السقاية والمقبرة وفي الدار المسئلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك لتقدره وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولي كقول ابي يوسف وعند ابي حنيفة له ان يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع في المحل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوى ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى في ذلك كله على خلاف قول ابي حنيفة للتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان في المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعا ولو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأي فيها للقاضي ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك فتكون في الحكم كانها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لها مالك فاتخذها اهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو ان رجلا غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد وفي ارض موقوفة على رباط مثلا فهي للوقف ان قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهي له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية فلا يكون غارسا للوقف ولو غرس في طريق العامة او على شط النهر العام او شط الحوض القديم فهي للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فنبتت من عروقها اشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان في الارض سعة جاز فان لم يرض بذلك اهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره ان يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا ان الاولى ان لا يوحشه ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد او نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي ان يوحش الاول ان كان في المكان سعة فذكر الناطفي رحمه الله بعضهم

ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لايكون تسليما لانه لاتدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم

قيمة الحفر ليجمع بين الحقين لايجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فلو كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب لايرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرنا من الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البير يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف الفارق فيه العرف فان الواقفين من اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول لان الغنى لايقدر على استصحاب الشرب في كل مكان ولا على ان يشترى ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباطات ان يخص سكناه بالفقراء لان العرف على ان بناء الاربطة للفقراء وهذان فصلان في المتولى والموقوف عليه في المتولى

الفصل الاول في المتولى قالوا الاولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لايقلد وللمتولى ان يشترى بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولايكون وقفا في الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا او باذن المتولى بلا اجرة كان عليه اجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال او غير معد له حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشترى ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشترى اجرة مثله وللمتولى ان يستاجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك باجرة مثله او زيادة يتغابن فيها فان كان اكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير ان ما اخذه من مال الوقف لايحل له ولو ان ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو ادخل جذعا من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصى اذا انفق على الصغير وله ان يشترى من غلة المسجد دهنا وحصيرا واجرا وجصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشترى ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل بما عمل من قبله ولايستدين على الوقف الا اذا استقبله امر لابد منه فيستدين بامر القاضي ويرجع في غلة الوقف وذكر الناطفي وكذا له ان يستدين في الزراعة الوقف ويذره بامر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف فيصح بامره بخلاف المتولى لايملكه والاستدانة ان لايكون في يده شيء فيستدين ويرجع اما اذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من ماله له ان يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل فسكنها المرتهن ضمن اجرة المثل ولو انفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم انفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرء عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل لو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز للحاكم ان يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله ان يبنى على باب المسجد ظلة لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته او ترميمه فلا والاصح انه قال ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لايشترى منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وفيما بناء على قول ابى يوسف ان التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حيوته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فاوصى لايكون هذا الوصى قيما في الوقف قيم مسجدات فاجتمع اهل المسجد على جعل رجل قيما بغير امر القاضي فقام وانفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشائخ في هذه التولية والاصح لاتصح بل التقيد الى القاضي لكن لايضمن ما انفق في العمارة من غلاته اذا كان اجر الوقف واخذ الغلة فانفق لانه اذا لم تصح ولايته غاصب والغاصب اذا اجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضيخان انت تعلم ان المفتى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على

والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة

ارباب معلومين فان لهم ان ينصبوا متوليا من اهل الصلاح لكن قيل الاولى ان يرفعوا امرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان ان لا يفعلوا وينصبوه هم وليس للمشرف ان يتصرف في مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف وللمتولي ان يفوض الى غيره عند موته كالوصي له ان يوصي الى غيره عند موته الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي ما لا سمى له لم يكن في ذلك شيء بل يرفع الامر الى القاضي او ايتبرع بعمله ليفرض له اجر مثله الا ان يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي ان يجعل للذي كان او خلفه ما كان الواقف جعله للذي كان او خلفه لان للواقف في هذا ما ليس للحاكم واذا اخذ المتولي من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث مسائل هذه احداها والثانية اذا اودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من اودع والثالثة القاضي اذا اخذ مال اليتيم واودع غيره ثم مات ولم يبين عند من اودع لا ضمان عليهما ولو كان القاضي اخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي او انفقته عليه ومات لا يكون ضامنا اما لو مات قبل ان يقول ضمن وكذا اذا باع المتولي دار الوقف ومات ولم يبين اين الثمن فانه يكون دينا في تركته وللناس ان ياخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف اذا مال الى الهلاك فان لم يكن له غلة يرفع الى القاضي ليامر بالاستدانة لاصلاحها ولو ان يبني قرية في ارض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وان يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها اصلح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اقراض ما فضل من مال الوقف قال ان كان احرز للغلة ارجو ان يكون واسعا ولا يوجد الوقف اجارة طويلة واكثر ما يجوز ثلاث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت اصلح للوقف ولو زرع الواقف او المتولي ارض الوقف وقال زرعتها لنفسي وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا النقصان الارض وليس عليهما اجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به يامره بالاستدانة لذلك فان قال لا يكتفي يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو احق به ولا يخرجه عنه الا ان يكون غير مامون ذكر هذه المسئلة بفروعها في فتاوى قاضي خان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لا ان دام اقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرا من علته عاد اليه النظر وللناظر ان يوكل من يقوم بما كان اليه من امر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله ان يعزله ويستبدل به او لا يستبدل وبعد العزل وكيله ويرجع الى القاضي في النصب لو خرج ما كم قيام فمات او عزل فتقدم الخصم الى القاضي الثاني بان ذلك القاضي اخرجه بلا جنحة لا يدخله لان امر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه ان يثبت عنده انه اهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل اعاده وكذا لو اخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة تاب الى الله واقام بينة انه صار اهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر ان يفعل الا ما يفعله امثاله من الامر والنهي بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للعملة بايديهم فلذا قلنا لو عمي او طرش او خرس او فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء ان يعطي قوما منه وله ان يقطعهم ويعطي غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يكاد مصروفهم في وقف الخصاف ان حكم القاضي ان لا يعطي غير هذا الرجل لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له ان يعطي غيره ويحرمه لان في كل منها تنفيذ شرط الواقف

وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شرط حتى ظفرت في المسئلة القرابية ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الموقوف عليه وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين كذا على زيد وعمرو فرد احدهما وظهر انه كان فنصيبه

ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء

المساكين وكذا اذا رد احدهما من قبل بعد الرد لا يعود ومن اهل سنة ليس له ان يرده بعد ذلك ولو قال لا اقبل الا سنة واقبل ما سوى ذلك فانه يجوز رد حصته من هذه السنة
والباقي من اهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنين سماها ليس له ان يرد بعدها وقوله على ولد فلان ابدا ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم
رجع من الفقراء اليهم الا ان يرده ولو رد واحد منهم فقط فما الغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف ما لو اوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا اربعة فمات احدهم
فرد واحد فحصته لورثة الموصي هذه مما افترق به الوصية والوقف ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يبطل رده في رد ما لولده ان كانوا كبارا
ولو وقف على ولده ثم للمساكين فلولده لصلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا ان يخص صنفا او امر واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له
لا يشاركه من دونه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه اخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من
ابن الابن اليه ولو نص على الولد وولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم المساكين اشترك الصلبيون واولاد بنيه واولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف
وصححه في فتاوى قاضي خان وانكر الخصاف رواية حرمان اولاد البنات وقال لم اجد من يقوم برواية ذلك من اصحابنا وانما روي عن ابي حنيفة فيمن اوصى بثلثه
لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم موت الموصي كان بينهم فان لم يكن له اولاد لصلبه بل ولد ولد من اولاد الذكور والاناث كان
لولد الذكور دون البنات لانهم ما سواء على ذلك هذه هي وزان المسألة الاولى وفرق شمس الائمة بينها وبين هذه بان ولد الولد اسم لمن ولده ولده
وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه انما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد
ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند اصحابنا لكن ذكر الصدر في تجنيس النحوي على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه ما ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على البنات صحيح
من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا او كذا اولاد ابنه وكلام الواقفين منصرف الى العرف فانما يخاطبهم بخلاف ما اذا لم
الى الولد كما يقال ولد خلافه فانه يقال الولد ذكرا وانثى [illegible] ظاهر ذكره بخصوصه اذا عرف هذا [illegible] في اولاد اولاد [illegible] ولو قال على الذكور من ولدي اولاد اولاد
[illegible] على خلاف لا يدخل على ظاهر الرواية [illegible] ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال لولدي وولد ولده وولده
ذكر صرفت الى اولاده ابدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان في نسله واحد ويستوي الاقرب والابعد الا ان يرتب [illegible] ولو قال [illegible] بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذا ذكر الطبقات السافلات
[illegible] ولو قال [illegible] والاناث [illegible] قبل الوقف لا يدخلون مع اولاد الاولاد والموجودين [illegible] على اولاد [illegible] والموجودين [illegible] اولادهم
[illegible] بخلاف [illegible] ثم [illegible] على اولاد الموجودين [illegible] ولو قال [illegible] فلان [illegible] للفقراء [illegible] الثلاثة
[illegible] للفقراء [illegible] بخلاف [illegible] فلان [illegible] ثم الفقراء [illegible] ولو قال على بني [illegible] ذكر [illegible] النصف
والنصف الآخر للفقراء [illegible] على المحتاجين من [illegible] واحد [illegible] النصف الآخر للفقراء
[illegible] ولا [illegible] للواحد [illegible] في اولاد [illegible] المحتاجين [illegible] اولاد [illegible] الخلاف بين ابي يوسف ومحمد
[illegible] نصيب الفقراء الواحد [illegible] ابو يوسف [illegible] الفقراء [illegible] محمد [illegible] يدخل البنات في قوله بني [illegible] هلال [illegible] ابي حنيفة
الذكور [illegible] بعض المشايخ في المسألة روايتان [illegible] والوجه الدخول لما عرف في اصول الفقه [illegible] البنات قال في الخلاصة هذا انما يستقيم في بني
[illegible] فيما لا يحصون [illegible] المرأة [illegible] فتدخل المرأة [illegible] الابنات صرفت الغلة للفقراء [illegible] لا يدخل الذكور ثم المستحق [illegible]
[illegible] في البطن [illegible] الغلة [illegible] الغلة [illegible] الاول في البطن [illegible] الغلة [illegible]

وفيما سواه من سكنى الخان واستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى
والفقير والفارق هو العرف في ... فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء

كان لستة وبانى ما لم تزوجه الولادة من سنة لم يولد لاقل من ستة اشهر فانا عرفنا انه ليس لابنه في الوقف على القرابة حسب ما استحقين بخلاف ولد الزوجة فانه حين الثابت النسب ... لو وقف
من غير تحمل الوقت يمكن فيه ... فجاءت باحدى عشر من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت بعد ستة اشهر وكذا الطلاق تحقيقه بعد الحمل وكذا اذا كان الموت والطلاق بعد ان لكن ...
انه من حمل حادث وخروج الغلة ان يطلع للمساواة وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما ذكره في فتاوى قاضي خان هذا في الحنابلة وفي وقف الخصاف يوم طلعت
الثمرة وينبغي ان يعتبر وقت امانة العاهة كما في البيع ... بالانعقاد يامن العاهة وقد اعتبر الانعقاد واما على طريقة هلال وناصح جارة ارض لو وقف لمن يزرعها النفسية يعرف يستحق
على ثلاثة اقساط كل اربعة اشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذه الاقساط من الغلة
وهذا كله بخلاف ما لو قال على اصاغر ولدى او العور منهم والعميان فان لو وقف تخصيص بهم وليعتبر الصغر والعور والعميان يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف لو وقف على مساكين ...
مثلا وبهذا يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك ما زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكنى
البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج سقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على ان من تزوجت سقط سهمها فتزوجت واحدة ثم طلقت
لا يعود الا ان كان نص عليه وكذلك كل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين فقد تنتقض القسمة في كل سنة فيعطى الغنى والفقير من الاولاد
الا ان يعين المحتاجين منهم فيلزم فمن ادعى الحاجة منهم لا يعطى الا ببينة عند القاضي ولو تعارضت بينتا فقره وغناه قدم بينة الغنى لانها اكثر اثباتا ...
ولد لو حمل من ستة اشهر من خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في البطن ولهذا لم يجعل نفقته الى الحامل في مال من في بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان
مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل في وقف الخصاف ولو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم
وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا النظر الى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى فاعطيته بخلاف ما لم يكن موجودا الا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا الا
ما للعبد ولكنه لو خص عميان ولده ونحوه فيعطوا والمحتاج الذي يصرف اليه من لا يدفع اليه الزكاة ولا يكون له ارض ودار يستغلها وان لم يف غلتها بكفايته حتى يبيعها
ثمنها لو فضل منه قدر نصاب بخلاف الدار التي يسكنها والخادم فليس للمتولي عليهم الدار سكنا بل للاستغلال كما ليس للمتولي عليهم السكنى لا الاستغلال ثم اعلم انه اذا ذكر اولاده واقاربهم للغني والفقير عند القسمة
منهم الا ان يخص الفقراء كما ذكرنا واما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيه تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون او لا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر
مصرفا يستوي فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس
لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون اغنيائهم فانبنى على هذا كما لو وقف على الرجال والنساء او المسلمين او العميان وقيل
معلوم ... على تميم او بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا مميز في الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى والعميان
والعور باطل من قبيل ما ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون كذا على قراء القرآن وعلى الفقهاء وقال على اصحاب الحديث او الشعراء كل ذلك باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه
الضابط الذي ذكره شمس الائمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء واهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان الاشتغال ...
بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر فقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في آخر فصل
المسجد من الهداية يفيد ذلك وهي ما اذا جعل غلة ارضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغني
والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوازه على الزمنى وبه قلنا للفقراء منهم وصرح في وقف الخصاف بالجواز لو وقف
على ارامل بني فلان فانه لكل ارملة كانت يوم الوقف او حدثت سواء كن يحصين او لا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فمن اعلى ...