

الجزء الثاني

من

الهداية

لبُرْهانَ الدينِ المرغيناني

وبهامشها حاشيتها

الكفاية

لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني

ناشرى:

مُعارف كِتَابِي

Дозволено цензурою. С.-Петербургъ, 9 Сентября 1904 года.

КАЗАНЬ.

городской пассажъ.

Лито-Типографія И. Н. Харитоновъ.

1905.



النكاح في اللغة الضم ثم يستعمل في الوطى لوجود الضم فيه والعقد لانه سببه وهو لا يوجد الا بركته من اهله مضافا الى محله كسائر العقود الشرعية * فالركن هو الايجاب والقبول * واهله من هو اهل سائر العقود * ومحله ما هو قابل للحكمه وحكمه البلك والحل والتولد والتناسل من المقاصد وهو افضل من التخلي لنفل العبادة * وقال الشافعي رحمه الله التخلي افضل الا ان تتوق نفسه الى النساء ولا تنصير على التخلي لان النكاح من المعاملات حتى يصح من الكافر والعبادة اقوى من المعاملة لان العبادات شرعت لله تعالى والمعاملات شرعت لنا * ولنا قوله عليه السلام من كان على ديني ودين داود فليتزوج وان لم يجد اليه سبيلا فليجاهد في سبيل الله فيجعل النكاح من الدين وقدمه على الجهاد وقد انتهى رسول الله عليه الصلوة والسلام في التزويج الى العدة المشروعة وقد اشتغل بهن عن التخلي للعبادة فثبت انه افضل من التخلي لانه عليه السلام كان يجتهد لسلك افضل طريق الدين وقد هم قوم بالتخلي لعبادة الرحمن وطلاق النساوان فرد عليهم النبي عليه السلام بقوله تناكحوا وتولدوا تكثروا فاني اباي بكم الامم يوم القيمة فهذا الامر لا يخلو اما ان كان للوجوب كما هو حقيقته اولم يكن فان كان للوجوب ظهر رجحانه على النوافل لان الواجب راجح على النفل اجماعا وان لم يكن للوجوب يكون للسنة اذ الندب والا باحة انتفى بقوله عليه السلام النكاح من سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني والسنة راجحة على النفل اجماعا * فان قيل النكاح سنة عندي اذا تافت نفسه اليهن * قلنا انه عليه السلام جعل سنة مطلقة لا مقيدة كما زعمت * فان قيل الله تعالى مدح يحبي عليه السلام بكونه سيدا وحضورا وهو لا يباي النساء مع القدرة فلو كان النكاح افضل لما استحق المدح به * قلنا في النص اشارة الى ان التخلي للعبادة والصبر عن النساء ممدوح ونحن لانذمنا لكننا نقول النكاح باقامة شروطه افضل منه ويحتمل ان العزلة كانت افضل من العشرة في تلك الشريعة ثم نسخ في شريعتنا وصارت العشرة خيرا من العزلة ولانه يشتمل على البصالح الدينية والدنيوية كحفظ النساء والقيام عليهن بالانفاق وصيانة نفسه عن الزنا وتكثير عباد الله وامة الرسول عليه السلام وتحقيق مباحاته وهو فرض عين عند اصحاب الظواهر وفرض كفاية عند بعض اصحابنا كالجهد لظاهر الاوامر الواردة فيه **قوله** وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان النكاح انشاء تصرف والانشاء اثبات امر لم يكن وهو يعرف بالشرع لانه لم يوضع بازائه لفظ خاص فيستعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضي في الانشاء رفعا للحاجة وانما خص به لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا حكمة وعقلا فصار الوجود حقا له مقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختيار اللفظ الذي يلزمه الوجود **قوله** مثل ان يقول زوجني اي يقول مخاطب لولي المرأة زوجني ابنتك او للمرأة زوجني نفسك فيقول زوجتك وهذا ليس بشرط الانعقاد بالماضي والمستقبل حقيقة لان قوله زوجني توكيل فلا يكون شرط العقد ويكون قول التوكيل زوجت بمنزلة شطرى العقد لكن كون قوله زوجت بمنزلة شطرى العقد لا يتحقق الا بقوله زوجني فذلك مثل به ونظيره قول الرجل اتزوجك بكذا فقالت تزوجت او فعلت **قوله** لان التملك ليس حقيقة فيه اي في النكاح لانها لو كانت حقيقة فيه لكانت موضوعة له ويفهم بها ما فهم به كالاسماء المترادفة وليس كذلك والبهان لا يكون الابشاكل في المعاني المختصة ولم يوجد اذ التزويج هو التلقيق والنكاح الضم وليس فيها ما يدل على الملك وليس في التملك معنى التلقيق والضم ولهذا لو اشترى متكوخته يفسد النكاح ولو كان بينهما ملازمة لما فسد بذلك بل تأكد **قوله** سبب لملك المتعة في محلها احترز به عن تملك الغلمان والبهائم وغيرها فان تملكها ليس بسبب لملك المتعة التي هي الوطى * ولنا ان الاتصال سبب يصح الاستعارة بالاتصال معنى وقد تحقق الاتصال من حيث السببية اذ اللفظ الموضوع لملك الرقبة يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المتعة فصحت الاستعارة لوجود الاتصال سببا ولان التملك صالح لاثبات الملك وقد صدر من اهله مضافا الى محله قابل الملك فوجب ان يثبت لثبوت الملك وإذا ثبت الملك ثبت الحل والازدواج ضرورة انه لا ينفك عنه وهذا لان المستوفى بالوطى * مملوك بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وان يثبت الاختصاص والحجر الا بالملك فدل ان المعطل قابل للملك شرعا * فان قيل انه ليس بمال اتفاقا وغير المال لا يقبل الملك ولان المنافع معدومة والمعدوم لا يقبل الملك على ان الملك لو ثبت في النكاح لثبت تبعا للازدواج والانضمام وهنا لو ثبت الملك لثبت اصلا وهذا خلاف المشروع * قلنا غير المال قابل للملك كالمالك للمقتضى حتى جرى فيه الارث والاعتياض والمستوفى بالوطى في حكم العين حتى كان التأييد من شرطه كالبيع لا كالاجارة ولو كان الازدواج والانضمام اصلا والملك تبعا لما صح ايجاب العوض على الزوج لان ذلك مشترك بينهما * والدليل على ان الملك اصل ان الطلاق بيد الزوج لانه كالمالك وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانها جعلتا عليه والعلم بعمل وضعالا بمعناه كالنص في دلائل الشروع فلما ثبت الملك بهما وضعنا مع انهما لا يثبتان عنه فلان يثبت بما ينبي عنه اولي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب النكاح

قال (النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي) لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعها فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة (وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالأخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك) لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى (وينعقد بلفظة النكاح والتزويج والهبة والتملك والصدقة) وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التملك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولازم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا * ولنا ان التملك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز

(وينعقد)

لما فسد بذلك بل تأكد **قوله** سبب لملك المتعة في محلها احترز به عن تملك الغلمان والبهائم وغيرها فان تملكها ليس بسبب لملك المتعة التي هي الوطى * ولنا ان الاتصال سبب يصح الاستعارة بالاتصال معنى وقد تحقق الاتصال من حيث السببية اذ اللفظ الموضوع لملك الرقبة يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المتعة فصحت الاستعارة لوجود الاتصال سببا ولان التملك صالح لاثبات الملك وقد صدر من اهله مضافا الى محله قابل الملك فوجب ان يثبت لثبوت الملك وإذا ثبت الملك ثبت الحل والازدواج ضرورة انه لا ينفك عنه وهذا لان المستوفى بالوطى * مملوك بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وان يثبت الاختصاص والحجر الا بالملك فدل ان المعطل قابل للملك شرعا * فان قيل انه ليس بمال اتفاقا وغير المال لا يقبل الملك ولان المنافع معدومة والمعدوم لا يقبل الملك على ان الملك لو ثبت في النكاح لثبت تبعا للازدواج والانضمام وهنا لو ثبت الملك لثبت اصلا وهذا خلاف المشروع * قلنا غير المال قابل للملك كالمالك للمقتضى حتى جرى فيه الارث والاعتياض والمستوفى بالوطى في حكم العين حتى كان التأييد من شرطه كالبيع لا كالاجارة ولو كان الازدواج والانضمام اصلا والملك تبعا لما صح ايجاب العوض على الزوج لان ذلك مشترك بينهما * والدليل على ان الملك اصل ان الطلاق بيد الزوج لانه كالمالك وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانها جعلتا عليه والعلم بعمل وضعالا بمعناه كالنص في دلائل الشروع فلما ثبت الملك بهما وضعنا مع انهما لا يثبتان عنه فلان يثبت بما ينبي عنه اولي

قوله وينعقد بلفظ البيع بان قالت المرأة بعثك نفسي اوقال اب الابنة بعثك ابنتي بكذا وكذلك بلفظ الشراء بان قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر الاعمش فانه يقول لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتملك مال بمال والملوك بالنكاح ليس بمال لان المال غير آدمي خلق لمصلحة آدمي * ولنا ان البيع يوجب ملكا هو سبب لملك المتعة في عمله فكان طريق المجاز موجودا فينعقد به ولا ينعقد بلفظ الاجارة لانه ليس بسبب لملك المتعة اذ هو موجب لملك المنفعة وبملك المنفعة لا يستفاد ملك المتعة * وعن الكرخي انه ينعقد به النكاح لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمي الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله فاتوهن اجورهن وهو يشعر بانه مشاكل للاجارة * ولنا ان الملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الاموقته وبينهما مغايرة على سبيل المنافاة فاني تصح الاستعارة

النكاح

(٣)

كتاب

(وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح) لوجود طريق المجاز (ولا ينعقد بلفظ الاجارة) في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة (ولا بلفظ (الاباحة والاحلال والاعارة) لما قلنا (و) لا بلفظ (الوصية) لانه اتوجب للملك مضافا الى ما بعد الموت قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين اورجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف) اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم لانكاح الابشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في 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 في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين * وفيه خلاف الشافعي وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الالهانة * ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يجرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يجرم على غيره لانه من جنسه ولانه صالح مقلدا فيصاح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تمهلا وانما الفأثت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال (وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز) لان السباع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانها لم يسمعا كلام المسلم *

لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت لا يصح كذا هنا * فان قيل الهبة ايضا لا توجب الملك ما لم ينضم اليها القبض * قلنا الهبة ايضا لا توجب اضافة الملك ولكن ضعف في السبب لتعريفه عن العوض يتأخر الملك الى ان يتقوى بالقبض وينعدم ذلك الضعف اذا استعمل في النكاح لان العوض يجب به نفسه مع ان الملوك بالنكاح بنفس العقد لا يصير كالمقبوض ولهذا لو ماتت عقيب العقد تقرر البطل فكان هذا بمنزلة عين في يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه كذا في المتوسط **قوله** لقوله عليه السلام لانكاح الا بالشهود * فان قيل كيف جاز تخصيص عموم **قوله** تعالى فانكحوا ما طاب لكم وغيره من الآي بخبر الواحد * قلنا ذكر فخر الاسلام في المتوسط هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فتجاوز الزيادة ببثله على كتاب الله تعالى ولان ذلك عام خص منه مواضع العمومات فيجوز تخصيصه حينئذ بخبر الواحد وهو حجة على مالك وكذلك على ابن ابي ليلى وعثمان البتي فانهم يقولون الشهود ليسوا بشرط في النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والبجائين يصح النكاح ولو امر الشاهدين بان لا يظهرا العقد لا يصح لانه عقد فلا تشترط لصحته الشهود كسائر العقود * وانما شرط الاعلان لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف **قوله** لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية اي لعدم ولايته على نفسه **قوله** ولا تشترط العدالة خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام لانكاح الابوي وشاهدي عدل **قوله** ولانه صلح مقلدا اي انه مع فسقه اهل للامامة والسلطنة فان الائمة بعد الخلفاء الاربعة لم تخلوا من الفسق فالقول بالخروج عن الامامة بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه اهلا للامامة كونه اهلا للقضاء لان تقلد القضاء انما يكون من الامام ومن ضرورة كونه اهلا للقضاء كونه اهلا للشهادة لان القاضي لا بد ان يكون اهلا للشهادة * وقيد بالعدالة في هذا الحديث واطلق فيما روينا اولا فيعمل بالمطلق والبقيد ولا يخيله على البقيد لما عرف ولانه نكر العدالة في موضع الاثبات فيقتضي عدالة ما وذا من حيث الاعتقاد وهذا لان العدالة ضد الظلم والشرك ظلم عظيم **قوله** تعالى ان الشرك لظلم عظيم فكان الايمان عدلا فاستقامت الاضافة اليه او تقول المراد بشاهدي عدل فاقلي كلمة عدل وهي كلمة

التوحيد * وقيل هذه المسئلة بناء على ان الفسق لا ينقص من ايمانه عندنا لانه لا يزيد ولا ينقص والاعمال من شرائع الايمان لامن نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعة وينقص بالعصية فجعل نقصان الدين بالفسق كنقصان الحال بالرق والضجر **قوله** وانما الفأثت ثمرة الاداء بالنهي وهو **قوله** تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والنهي عن قبول الشيء يقتضي تحقق ذلك الشيء **قوله** ولا يبالي بفواته اي بفوات الاداء كما في شهادة العميان اي ينعقد النكاح بشهادة العميان وان لم يقبل ادأهم وكذا يصلح ابن العاقد وابوه شاهدا في انعقاد النكاح ولا يصلح للاداء عند القاضي *

قوله ولهما ان الشهادة شرطت بريدبه ان الشهادة انما شرطت في باب النكاح اظهارا لخطر المحل الذي ورد عليه النكاح لان ورود ملك النكاح على الحر وصيرورتها مصبا لفضلة مستفدرة يشعر برقها وهوانها فشرطت الشهادة لورود الملك عليها تضييقا لطريق الوصول اليها ازالة لهوانها واما الثابت في جانب الزوج بالعقد وجوب المهر في ذمته ولا تشترط الشهادة في وجوب المال وهذا بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان ورود الملك عليها انما يكون بالعقد وانه ينقذ بكلاميهما فيشترط سماع كلاميهما **قوله** يجعل مباشرا لاتحاد المجلس وانما احتيج الى نقل كلام المباشر الى الاب مع ان الاب يصلح شاهدا في النكاح لان الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فاذا كان الاب حاضر افندا العقد من الوكيل صورة ومن الاب معنى من حيث ان الحقوق ترجع الى الموكل فكان الاب مزوجا معنى والوكيل مزوج حقيقة فينتقل هذا العقد الى الاب من حيث الصورة ايضا فيصير الاب مزوجا من كل وجه فيبقى الوكيل شاهدا والشيء انما يقدر حكما اذا تصور حقيقة والاب اذا كان في المجلس امكن ان يجعل مزوجا حقيقة فامكن ان يجعل مزوجا تقديرا واذا كان غائبا لا يمكن ان يجعل مزوجا من كل وجه لان العقد انما يصح بالايجاب والقبول في مجلس واحد ولو نقل اليه وهو غائب لوقع الايجاب في المجلس والقبول في مجلس آخر وذلك يبطل العقد

كتاب النكاح (٤) فصل في بيان المحرمات

ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لاعلى اعتبار وجوب المهر اذلا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينقذ بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد قال (ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح) لان الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون 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 لم يجز

فصل في بيان المحرمات

قول اذ الام هو الاصل لغة قال الله تعالى هن ام الكتاب اي اصل يرد اليه المتشابه وعلى قول من يقول ان اللفظ الواحد يجوز ان يراد به الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين فحرمة الجدات ثابتة بالنص ايضا لان اسم الامهات يتناولهن مجازا وعلى هذا البنات اما ان يتناول لفظ البنات على بنات البنات وبنات الابن بطريق المجاز او يثبت حرمتهن بالاجماع **قوله** من غير قيد الدخول حرمة الامهات ثابتة بنفس العقد عندنا وعند بشر المريسي وابن شجاع ومالك وداود وفي احد قول الشافعي رحمه الله لا يثبت الاب بالدخول بالبنات وهو مذهب علي وزيد بن احمد رضي الله تعالى عنهما **لقوله** تعالى وامهات نسائكم * والاصل ان الشيء اذا عطف على شيء في حكم وذكر في المعطوف شرط فذا ينصرف اليهما كمن قال ثلاثة طالق وثلاثة طالق ان دخل زيد النار فشرط الدخول ينصرف اليهما فكذا هنا وذكر ام المرأة ثم عطف عليها الربائب ثم شرط الدخول فانصرف اليهما * ولنا قوله عليه السلام من تزوج امرأة حرمت عليه امها دخل بها اولم يدخل وحرمت عليه بنتها ان دخل ولان الله تعالى حرم ام المرأة مطلقا بلا قيد الدخول فمن قيد به فقد نسخه والدخول ليس بشرط بل هو تحريم شخص موصوف بصفة معطوف على شخص غير موصوف بصفة وعطف الموصوف على غير الموصوف لا يقتضي ذكر الصفة في غير الموصوف كمن قال زينب طالق وعمرة القائمة فانه لا يشترط صفة القيام في زينب لوقوع الطلاق عليها * والنساء المذكورة في قوله تعالى وامهات نسائكم مخفوض بالاضافة في قوله تعالى من نسائكم مخفوض بحرف من والمخفوضان باداتين لا يعنتان بنعت واحد الاترى انه لا يستقيم ان تقول مرتت بزيد الى عمر والطريقتين ولو كان مخفوضين بخافض واحد جاز ذلك بان يقول مرتت بزيد وعمر الطريقتين واما الشرط انما يعود الى الجميع اذا امكن ولم يمكن ههنا لانه يؤدي الى ان يكون الشيء الواحد معمولا لعاملين مختلفين

فصل في بيان المحرمات

قال (لا يجعل للرجل ان يتزوج بامه ولا جداته من قبل الرجال والنساء) لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هي الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع قال (ولا ببنته) لمانلونا (ولا ببنت ولده وان سفلت) للاجماع (ولا باخته ولا ببنت اخته ولا ببنت اخيه ولا بعمة ولا بخالته) لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآيات وتدخل فيها العمات المتفرقات والحالات المتفرقات وبنات الاعوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال (ولا بام امرأته التي دخل بها اولم يدخل) لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول (ولا ببنت امرأته التي دخل بها) لثبوت قيد الدخول بالنص سواء كانت في حجره او في حجر غيره *

(لان)

لما حلة لان العامل في الموصوف هو العامل في الصفة * ثم في قوله تعالى وامهات نسائكم مجرور بالاضافة وفي قوله تعالى من نسائكم بحرف الجر فلورجع قوله اللاتي دخلتم بهن اليهما لصار معمولا بالاضافة وحرف الجر وذا لا يجوز * وفي الكشاف قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم لا يخلو اما ان يتعلق بقوله امهات نسائكم وبالربائب فتكون حرمة الامهات وحرمة الربائب غير مهمتين واما ان يتعلق بالامهات دون الربائب فتكون حرمة الامهات غير مهمة وحرمة الربائب مهمة فلا يجوز الاول لان معنى من مع احد المتعلقين خلاف معناه مع الآخر الاترى انك اذا قلت وامهات نسائكم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فقد جعلت من لبيان النساء ولتمييز المدخول بهن من غير المدخول بهن واذا قلت وربائبكم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فانك جعلت من لابنته الغاية كما تقول بنات رسول الله من حديجة وليس بصحيح ان يعنى بالكلمة الواحدة في خطاب واحد معنيين مختلفان ولا يجوز الثاني لان ما يليه هو الذي يستوجب التعلق به وهو ما ذهبنا اليه

قوله لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة فان بنت المرأة تكون في حجر زوج امها اي في تربيته وذكر في مبسوط شيخ الاسلام
قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فتعلق الاباحة بالدخول دليل على ان الحرمة لم تتعلق بالحجر * فان قيل يحتدل
ان يكون الحرمة متعلقة بعلقة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفي الحرمة بانتفاها احداهما لان الشيء ينتفي بانتفاها الجزء فكانت
كالقربة مع الملك في حق العتق حيث ينتفي العتق بانتفاها
احد هذين الوصفين فكذلك هنا ثبوت الاباحة عند انتفاها
الدخول لا يدل على ان الحرمة غير معلقة بالدخول والحجر *
فلما نعم كذلك الا ان الاستعمال في مجاري الكلام عند
نفي الحكم بنفي علتها التي هي ذات وصفين هو نفي الوصفين
جميعا او نفي علتها مطلقا واما ان بنفي احد وصفيه ويسكت
عن الآخر فلا حيث لا يقال لم يعتق لانه لم يرد الملك عليه
اولم يرد القرابة عليه بل يقال لانه لم يرد عليه الملك
مع القرابة اولم يوجد علة العتق * وكذلك لا يقال لا يجري
حكم الربوا وهو حرمة الفضل بين هذين البديلين لانه لم
توجد الجنسية اولم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر
مع الجنسية اولم توجد علة الربوا ولان الاصل في النساء
الحرمة ابدليل ان الحرمة ثبتت بالشبهات لا الحل فلو كان
الحجر مع الدخول شرطا لحرمة الربيبة كان اولي ان يكتفى
باحدهما في موضع الحرمة فلما لم يكن النظم هكذا علم ان
ذكر الحجر خرج على وفائي العادة لا للشرط قوله وذكر
الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى فان التبنى قد انتسخ بقوله
تعالى ادعوهم لآبائهم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم
تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد
فظعن المشركون وقالوا انه تزوج حليمة ابنة وفيه نزل
قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم فهذا
التقييد هنا لدفع طعن المشركين * فان قيل ابن الابن
لا يكون من صلبه فكيف يتناوله * قلنا مثل هذا اللفظ
يذكر باعتبار ان الاصل من صلبه كقوله تعالى خلقكم
من تراب والخلق من التراب هو اصل كذا في المبسوط
قوله وان تجمعوا بين الاختين وهو في موضع الرفع
لانه مطوف على المحرمات اي وحرم عليكم الجمع بين
الاختين قوله لصدوره من اهل مضافا الى محله اما الاصل
فظاهر واما المعنى فلان الاخت المملوكة لم تصر فراشا بنفس
الوطى ولم يشتغل رعبها بمائه شغلا معتبرا ولهذا لو اعتقها
لا يلزمها العدة ولا يثبت نسب ولذا لا بدعوتها قوله
لان المنكوحه موطوءة حكما حتى لو تزوج مشرق مغربية
وولدت اولادا ثبت نسبهم منه للوطى حكما * فان قيل
لما كان النكاح قائما مقام الوطى * وجب ان لا يجوز هذا
النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا حكما كما قال مالك
رحمه الله * قلنا نفس النكاح ليس بوطى وانما صار
كالوطى عند ثبوت حكمه وهو حل الوطى وحكم النكاح
يثبت بعده فالنكاح في حال وجوده ليس بوطى فيصح
لوجوده في محله قوله ولهما نصف البهر اي الاقل من
نصف البهر لان فيه تعيينا وهذا لان كل واحدة منهما ان
كانت سابقة فلها نصف البهر وان كانت لاحقة فلا شيء لها
فكان لكل واحدة ربع البهر * فان قيل ينبغي ان لا يقضى
على الزوج بشيء كما روى عن ابي يوسف رحمه الله لان
المقضى له مجهول وجهالة المقضى له تمنع القضاء كمن قال
لرجلين لاحد كما على التي حرهم فانه لا يكون لاحدهما
ان يأخذ منه شيئا مالم يسطلحا قلنا قد قالوا معنى المسئلة
ان تدعى كل واحدة انها هي الاولى ولا حجة اما اذا قلنا
لاندرى اي النكاحين اول لا يقضى لهما بشيء ما لم يسطلحا

فصل في بيان المحرمات (٥) كتاب النكاح

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 ابنة وبنى اولاده) لقوله تعالى وحلائل ابناؤكم
الذين من اصلا بكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار
التبنى لا لاحلال حليمة الابن من الرضاة
(ولا بامه من الرضاة ولا باختة من الرضاة) لقوله تعالى
وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاة ولقوله عليه
الصلوة والسلام يحرم من الرضاة ما يحرم من النسب
(ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا) لقوله
تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه الصلوة والسلام من كان
يو من بالله واليوم الآخر فلا يجمعن مائه في رحم اختين
(فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح) لصدوره
من اهل مضافا الى محله (و) اذا جاز (لا يطاق الامه وان كان لم
يطأ المنكوحه) لان المنكوحه موطوءة حكما ولا يطاق المنكوحه
لجميع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ
يطأ المنكوحه لعدم الجمع ويطأ المنكوحه ان لم يكن
وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرفوقة ليست موطوءة حكما
(فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتها اولي
فرق بينه وبينهما) لان نكاح احدهما باطل بيقين ولا وجه
الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم
الفائدة اول للضررتعين التفريق (ولهما نصف المهر) لانه
وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولوية فيصرف
اليهما * وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى
او الاصطلاح لجهالة المستحقة (ولا يجمع بين المرأة وعمتها
او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها) لقوله عليه السلام لا تنكح
المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة
اخيها وهذا مشهور تجوز الزيادة على الكتاب بمثل (ولا يجمع
بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج
بالاخرى) لان الجمع بينهما يفضى الى القطيعة والقرابة المحرمة
للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاة يحرم

(الهداية مع الكفاية) ٢

على اخذ نصف البهر لان الحق وجب لجهولة فلا بد من الدعوى او الاصطلاح قوله لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها هذا
نهي بصيغة الخبر وهو ابلغ مما يكون النهي بصيغته ثم ذكر النهي من الجانبين للمبالغة في التعريرم اولزالة الاشكال فربما يظن ان نكاح ابنة
الاخ على العمه لا يجوز ونكاح العمه على بنت الاخ يجوز لتفضيل العمه كما لا يجوز نكاح الامه على الحرة ويجوز نكاح الحرة على

الامة* وهذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقول فتجاوز الزيادة به على كتاب الله تعالى ولئن كان من الأحاد فقد ورد تخصيصا للكتاب وتخصيص عام ثبت خصوصه جائز وقد خصت النجوسية والوثنية من **قوله تعالى** واحل لكم ما يحرم من النسب **قوله** ان يصور ذلك من كل جانب لان حرمة المجمع لصون القرابة عن القطيعة وهذا انما يتحقق اذا تحققت الحرمة من الجانبين لان حرمة القرابة ثبتت من الجانبين فاما اذا ثبتت في احد الجانبين فتلك حرمة الصهرية فلا تكون مفضية الى القطيعة * فان قيل بينهما محرمة بالمصاهرة فيحرم المجمع كما لو كان بينهما محرمة نسبا ورضاعا قلنا المحرمة عبارة عن حرمة التناكح من الجانبين كما في الاختين نسبا ورضاعا ولم يوجد هنا لانا لو فرضنا امرأة الاب ذكرا لا يعبرم المناكحة لانه متى كان ذكرا لم تكن امرأة الاب **قوله** لانها نعمة لان الله تعالى من علينا بالمصاهرة كما من بالنسب قال الله تعالى وهو النى خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا والحكيم انما بين بالنعمة لان الاجنبية بها تلحق باهات حتى يخلو بها ويسافر بها والزنا سبب للعقوبة فاني يستقيم تعليق النعمة به * ولنا **قوله تعالى** ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم اى لا تطأوا ما وطئ آباؤكم لان النكح حقيقة للوطى * ومستعار للعقدة ولانه في اللغة الضم قال انكحت صم حاصها خفي بعلمة وحقيقة في الوطى لانها ايصير ان كشيخ واحد حال ذلك الفعل ويثبت الازدواج حكما بالعقد لاحقيقة لانه سبب الانضمام الحقيقي فان حله بالعقد في الاصل وما نكح يعنى من نكح لانه قال بعده من النساء وهو بيان لما سبق ذكره مبهما فالنص يقتضى حرمة ووطى * منكوحه الاب مطلقا فلا يقيد بالحلل كيلا يصير زيادة على الكتاب ولان الوطى * الحرام مؤثر في افادته حرمة المصاهرة كالوطى * الحلال وهذا لان الحلال ما كان سببا للحرمة لانه حلال بل لكونه سببا للجزئية بواسطة الولد والحرام شارك الحلال في السببية فيشاركه في الحرمة وهذا لان الوطى * الحلال يجعل اصولها وفروعها كاصوله وفروعه والبعضية في الكل من العتق والارث وغيرها وكذا في جانبها ولهذا يضاف الولد الى كل واحد منهما كيلا يقال هذا ولد فلان وفلانة والولد اسم للكل ومتى ثبتت الجزئية بين كل واحد منهما وبين الولد ثبتت بينه وبينها بواسطة الولد حكما ضرورة اذ بعض الولد جزؤها وقد اضيف كل الولد اليه فكان جزؤها مضافا اليه ضرورة وكذا هذا الاعتبار في الجانب الآخر وهو امر حقيقي لا يختلف بحل السبب وحرمة فضارت ام الموطوءة وبناتها في معنى امهاته وبناته من وجه لان ام الموطوءة جدة هذا الولد فيكون اصل هذا الولد فكان الولد في معنى فرع فرعها ولا يتصور كونه في معنى فرع فرعها الا اذا كان الوطى * فرعها معنى وام الموطوءة اصله لانها ما لم تكن اصله استحال ان يكون اصل فرعها وكذا هذا الاعتبار في جانب البنت والام والبنت من وجه حرام كالام والبنت من كل وجه الا ترى ان الشرع حرم ام الرضاع مع انها ليست اصل كله بل هي اصل جزئه باعتبار انبات اللحم وانشار العظم بالرضاع وانما لم تحرم الموطوءة لان عملها كعمل حقيقة البعضية وهي توجب الحرمة في غير موضع الضرورة لاني موضعها الا ترى ان حوارضى الله عنها خلقت من آدم عليه السلام وكانت بعضه حقيقة وهي حلالة ضرورة فكذا البعضية الحكمية توجب الحرمة في غير موضع الضرورة وفي حق الموطوءة ضرورة لانها لو حرمت لما حلت منكوحه والزنا من حيث انه سبب الولد ليس يحرم لانه من هذا الوجه سبب البقاء واسباب البقاء مشروعة وانما يحرم من حيث انه يتضمن آثارا فاسدة كسفع الماء على سبيل التضييع وفساد الفراش وهو من هذا الوجه ليس بسبب حرمة المصاهرة بهذا بين انه لا تمسك له بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال لان الحرمة ما نبطت بالزنا من حيث انه حرام بل من حيث انه سبب الولد وقائم مقامه ولا عصيان ولا عدوان فيه وما قام مقام غيره فانما يعمل عمل الاصل كالتراب لما قام مقام الماء نظرا الى كون الماء مطهرا سقط وصف التراب فكذا هذا يهدى وصف الزنا بالحرمة لقيامه مقام مالا يوصف بها وهو الولد فان قيل ما ذكرتم ان الولد يضاف الى كل واحد كمالا ممنوع لانه ليس بولده فكيف يضاف اليه الا ترى انه عليه السلام اثبت للزنا الحجر في موضع الحاجة الى بيان حكم الولد وجعل كل الولد منسوبا الى صاحب الفراش ولان الجزئية بالتفرع وكله لم يتفرع عنه بل بعضه متفرع عنها فاذا لم يتفرع كله منه كيف يكون الكل جزؤه * والمراد باضافته اليه بعضه لان اطلاق اسم الكل على البعض شائع فعلم ان بعض الولد جزؤه وام الموطوءة ليست باصل لهذا القدر الذى هو جزء الوطى * فلان تصير ام الموطوءة في معنى امه ولئن صارت امه من وجه ولا نسلم ان امه من وجه حرام فكيف يحرم والام من وجه دون الام من كل وجه فحرمة الام من كل وجه لا تنقل على تحريم الام من وجه والام رضاعا حرمت بالنص ولم تحرم استدلالا بالام من كل وجه * قلنا كل الولد جزؤه لان احكام البعضية لكه لا لبعضه ولهذا يعتق كله وعلى ما زعمت يجب ان يعتق بعضه ويجب نفقة كله ولو بعد الفرقة ولا ندعى بان كله تفرع منه حقيقة لانه لا نزاع في الحقايق بل ندعى انه في معنى المتفرع منه لان بعضه متفرع منه حقيقة وقد اختلط بعضها بذلك البعض على وجه لا يتميز وصارا بالاختلاط كشيء واحد فكل حكم يثبت لبعضه المتفرع منه يثبت لبعضها المختلط ببعضه ضرورة عدم التمييز فكان الكل تفرع منه وانما اثبتنا الحرمة هنا استدلالا بالام رضاعا لانها ام من وجه ولانها لما كانت اما من وجه كانت حراما من وجه فيحرم احتياطا * ومن فروع هذه المسئلة ابنته من الزنا بان زنى بيكر وامها سكها حتى ولدت ابنة فان نكاحها يحرم عليه عندنا للشافعي رحمه الله لانها بنته حقيقة فيحرم **لقوله تعالى** وبناتكم * فان قيل لو كانت بنته لوجب النفقة ولثبت التوارث ولصارت امها ام ولد له فلما تم لم تثبت هذه الاحكام عرفنا ان هذه غير مضافة اليه على الاطلاق فاذا لم يوجد لم يدخل تحت نص التحريم

كتاب النكاح فصل (٦) في بيان المحرمات

لما روينا من قبل (ولباس 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 وبناتها) وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لا فلا تناول بالمحذور * ولنا ان الوطى سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كمالا فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في الضرورة وهي الموطوءة والوطى محرم من حيث انه سبب الولد لامن حيث انه زنا *

(ومن)

الفراش وهو من هذا الوجه ليس بسبب حرمة المصاهرة بهذا بين انه لا تمسك له بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال لان الحرمة ما نبطت بالزنا من حيث انه حرام بل من حيث انه سبب الولد وقائم مقامه ولا عصيان ولا عدوان فيه وما قام مقام غيره فانما يعمل عمل الاصل كالتراب لما قام مقام الماء نظرا الى كون الماء مطهرا سقط وصف التراب فكذا هذا يهدى وصف الزنا بالحرمة لقيامه مقام مالا يوصف بها وهو الولد فان قيل ما ذكرتم ان الولد يضاف الى كل واحد كمالا ممنوع لانه ليس بولده فكيف يضاف اليه الا ترى انه عليه السلام اثبت للزنا الحجر في موضع الحاجة الى بيان حكم الولد وجعل كل الولد منسوبا الى صاحب الفراش ولان الجزئية بالتفرع وكله لم يتفرع عنها بل بعضه متفرع عنها فاذا لم يتفرع كله منه كيف يكون الكل جزؤه * والمراد باضافته اليه بعضه لان اطلاق اسم الكل على البعض شائع فعلم ان بعض الولد جزؤه وام الموطوءة ليست باصل لهذا القدر الذى هو جزء الوطى * فلان تصير ام الموطوءة في معنى امه ولئن صارت امه من وجه ولا نسلم ان امه من وجه حرام فكيف يحرم والام من وجه دون الام من كل وجه فحرمة الام من كل وجه لا تنقل على تحريم الام من وجه والام رضاعا حرمت بالنص ولم تحرم استدلالا بالام من كل وجه * قلنا كل الولد جزؤه لان احكام البعضية لكه لا لبعضه ولهذا يعتق كله وعلى ما زعمت يجب ان يعتق بعضه ويجب نفقة كله ولو بعد الفرقة ولا ندعى بان كله تفرع منه حقيقة لانه لا نزاع في الحقايق بل ندعى انه في معنى المتفرع منه لان بعضه متفرع منه حقيقة وقد اختلط بعضها بذلك البعض على وجه لا يتميز وصارا بالاختلاط كشيء واحد فكل حكم يثبت لبعضه المتفرع منه يثبت لبعضها المختلط ببعضه ضرورة عدم التمييز فكان الكل تفرع منه وانما اثبتنا الحرمة هنا استدلالا بالام رضاعا لانها ام من وجه ولانها لما كانت اما من وجه كانت حراما من وجه فيحرم احتياطا * ومن فروع هذه المسئلة ابنته من الزنا بان زنى بيكر وامها سكها حتى ولدت ابنة فان نكاحها يحرم عليه عندنا للشافعي رحمه الله لانها بنته حقيقة فيحرم **لقوله تعالى** وبناتكم * فان قيل لو كانت بنته لوجب النفقة ولثبت التوارث ولصارت امها ام ولد له فلما تم لم تثبت هذه الاحكام عرفنا ان هذه غير مضافة اليه على الاطلاق فاذا لم يوجد لم يدخل تحت نص التحريم

فبقت داخلة تحت نص الاباحة * فلما لما كانت مخلوقة من ماء كانت مضافة ليه من كل وجه وهذه الاحكام ان لم تثبت فلا تنزل على عدم
 الاضافة اليه الا ترى ان الابن الكافر لا يرث ولا يستحق النفقة على الاخ المسلم ولا خال في الاضافة فدل على ان عدم هذه الاحكام لا يدل على
 الاختلال في الاضافة بل عدمها لعدم شرطها على ان الحرمة مما يحتاط في اثباتها متى دارت بين الثبوت وعدمه **قوله** ومن مسته امرأة بشهوة
 هذه المسئلة مصورة في المس الحلال والنظر الحلال ليستقيم قول الشافعي رحمه الله فلا يلحقان به * وصورته ان يقبل امته بشهوة ثم اراد ان
 يتزوج ابنتها عنده يجوز وكذلك لو تزوج امرأة وقبلها بشهوة ثم ماتت عنده يجوز له ان يتزوج ابنتها بناء على اصله ان حرمة
 المصاهرة ثبتت بما يؤثر في اثبات النسب والعدة ولا يؤثران في اثبات النسب **قوله** فيقام مقامه في
 موضع الاحتياط وحرمة الفرج فما يحتاط فيها حتى ان شبهة
 البعضية بسبب الرضاع قامت مقام حقيقة البعضية في اثبات
 الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكوة
 ومنع قبول الشهادة وكذلك لا يقوم المس او النظر مقام
 الوطى في افساد الصوم والاحرام وجوب الغتسال وان
 قام مقامه في حق اثبات حرمة المصاهرة * **قوله** هو الصحيح
 وفي الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترط الانتشار وجعلوا
 حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويستهي جماعها وهذا اذا
 كان شابا قادرا على الجماع وان كان شيخا او عتينا
 فعند الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا
 قبل ذلك ويزداد الاشتواء ان كان متحركا * وكان الفقيه محمد
 الرازي رحمه الله لا يعتبر تحريك القلب وانما يعتبر تحريك
 الآلة وكان لا يفتي بشبوت الحرمة في الشيخ الكبير او العنين
 الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة **قوله**
 والصحيح ان لا يوجبها وقال بعض المشايخ ثبتت حرمة
 المصاهرة بالمس وان اتصل به الاثرال وجه ذلك ظاهر فانه
 تثبت المصاهرة بمجرد المس بشهوة فهذه الزيادة وان كانت
 لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلا فيها **قوله** كالنفقة
 والمنع والفراش المعنى من الفرش هو صيرورة المرأة
 بحال لو جاءت بولد يثبت النسب منه وهذا كذلك مادامت
 العدة باقية * وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن
 طلاق بائن او ثلث يجوز والطلاق البائن الذي هو دون
 الثلث عنده انما يكون في الطلاق على مال لا غير لان
 الكنايات عنده راجع والخلع فسخ و ليس بطلاق فتعين
 هذا **قوله** والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق جواب
 عن قول الشافعي رحمه الله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة
 يجب الحد ذكر في كتاب الطلاق معتدة عن طلاق ثلث
 جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن
 الولد للزوج اذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره
 دليل على انه لو ادعى ثبت نسبه منه * ففيه اشارة الى ان
 الوطى في العدة من طلاق ثلث لا يكون زنا اذ لو كان
 زنا لا يثبت به النسب وان ادعى فقد نص في كتاب الحدود
 ان من طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد
 اذا لم يدع الشبهة فصار في حق وجوب الحد لو طوى المطلقة
 الثلث روايتان **قوله** ولم يرتفع في حق ما ذكرنا وهو
 النفقة والمنع والفراش **قوله** لان النكاح ماضع الاثمرا
 بثمرات مشتركة بين المتناكحين وللزوجة طلب تمكينها
 من الوطى ودواعيه بغير اختيارها شرعا والمنع عن الخروج
 والتحصين وما يجب لها عليه نحو طلب النفقة جبرا والقسم
 والسكنى والمنع عن العزل والقيام في امورها الراجعة الى الزوجية **قوله** والمملوكية تنافي المملوكية اثر المملوكية
 والمملوكية اثر القاهرية فبينهما تنافي * فان قيل انما ثبت التنافي اذا كانا من جهة واحدة وهنا من جهتين مختلفتين فجاز ان يجتمعا وذلك
 لان المرأة مالكة بجهة ملك اليمين فجاز ان يكون هي مملوكة لعندها من جهة النكاح كلاب يكون ابنا لاييه * قلنا ليس هذا نظيره
 لان هناك اجتمعت الابوة والبنوة في شخص واحد لكن باعتبار شخصين مختلفين وهنا في شخص واحد وهو المرأة باعتبار شخص واحد
 وهو العبد فيقع التنافي ولان المرأة بجميع اجزائها مالكة لعندها فلو جاز النكاح يكون بعضها مملوكا لعندها باعتبار مالكيته تمتنع
 عن تسليم بعضها وباعتبار مملوكيتها لا تتمكن من الامتناع فحينئذ تمتنع فيتحقق التنافي

كتاب النكاح فصل (٧) في بيان المحرمات
 (ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وبناتها)
 وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة
 ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة * له ان المس والنظر
 ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام
 وجوب الغتسال فلا يلحقان به * ولنا ان المس والنظر سبب دعاء
 الى الوطى فيقام مقامه في موضع الاحتياط * ثم المس بشهوة ان
 تنتشر الآلة او تزاد انتشارا هو الصحيح * والمعتبر النظر الى
 الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند انكائها * ولو مس فانزل
 فقد قيل انه يوجب الحرمة والصحيح ان لا يوجبها لانه بانزال
 تبين انه غير مفض الى الوطى * وعلى هذا اتيان المرأة في
 الدبر (واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعي لم يجز له ان
 يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها) وقال الشافعي رحمه الله
 ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح
 بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب
 الحد * ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع
 والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب
 على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود
 يجب لان الملك قد زال في حق الحبل فيتحقق الزنا ولم
 يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا (ولا يتزوج
 المولى امته ولا المرأة عبدا) لان النكاح ماضع الاثمرا
 بثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع
 وقوع الثمرة على الشركة *

قوله ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفاف وانما فسره بهذا احترازاً عن قول ابن عمر رضي الله عنهما فانه يفسر المحصنات بالمسلّمات * فان قيل اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون * وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم المشرك يقع على اهل الكتاب ثم ذكر بعد هذا في الكتاب ولا يجوز تزويج المجوسيات ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فلم يجز هناك نكاح اهل الشرك لاشراكهم وقد اجاز هنا نكاح اهل الكتاب فما وجه التوفيق * قلنا فيه وجهان * احدهما ما ذكره في المبسوط ان اسم المشرك لا يتناول الكتابي مطلقاً فان الله تعالى عطى المشركين على اهل الكتاب في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين تعلم ان معنى الاشراك صار مغلوباً فيهم ولم يلتفت بوجوده وكان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز ذلك ويقول ان الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن فكان **قوله**

تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اللاتي اسلمن من اهل الكتاب ولتسنا تأخذ بهذا لما ذكرنا ان الله تعالى عطى المشركين على اهل الكتاب ولانا لو حملنا الآية على ما قال ابن عمر رضي الله عنهما لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فان غير الكتابية اذا اسلمت حل نكاحها ايضا * وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك رضي الله عنه * والثاني ما ذكره اهل التفسير قالوا ولا تنكحوا المشركات الآية منسوخة بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان سورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شئ وهو قول ابن عباس والاوزاعي رضي الله تعالى عنهم **قوله** سنوابهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقهم يعنى ما ملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم كذا في المغرب **قوله** ويجوز تزويج الصابئات وهى من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة كذا في الكشاف **قوله** فكل اجاب على ما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة رحمه الله انهم قوم من النصارى يقرؤن الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبلة وهما جعلوا تعظيمهم لبعض الملائكة عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الاوثان **قوله** وما رواه محمول على الوطى اي لا يطاق ولا تمكن المرأة من الوطى وقيل هو اخبار عن معتاد احوال المحرمين انهم في احرامهم لا يشتغلون بالانكاح والنكاح بل هم يشتغلون بامور المناسك من الوقوف والطواف والسعى والرمى كما قال الحاج الشعث الثقل اي لا يشتغلون بالاعتسال شغلا باعمال الحج وان كان الاعتسال بالماء القراح لا بأس به فكذلك امر النكاح لانه عقد يصار اليه عند الفراغ لما فيه من الخطبة والخطبة مرادات ودعوات واجتماعات لا يتحقق الا عند الفراغ واذا حمل على وفاق العادة لم يتعلق به حكم والاوجه ان يقال ان الحديث يروى بالنهاى مجزوما وهو اختيار الخطابي والنهاى يكون للتنزيه فحمل عليه توفيقاً بين الحديثين ولئن روى منفياً فالنفي مجئى بمعنى النهى **قوله** لان جواز نكاح الاماء ضرورى عنده حتى لا يجوز للحران يتزوج اكثر من واحدة ولا يجوز نكاحها عند طول الحره ولا يجوز نكاحها الا عند خوف العنت وهو الزنا **قوله** لما فيه من تعريض الجزء على الرق لان الولد جزء منه وهو تابع للام في الرق والارفاق اهلاك حكما لان الرقيق كالهالك والرق اثر الكفر وهو موت قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافر فهديناه ولهذا كان الاعتناق احياء

تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اللاتي اسلمن من اهل الكتاب ولتسنا تأخذ بهذا لما ذكرنا ان الله تعالى عطى المشركين على اهل الكتاب ولانا لو حملنا الآية على ما قال ابن عمر رضي الله عنهما لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فان غير الكتابية اذا اسلمت حل نكاحها ايضا * وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك رضي الله عنه * والثاني ما ذكره اهل التفسير قالوا ولا تنكحوا المشركات الآية منسوخة بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان سورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شئ وهو قول ابن عباس والاوزاعي رضي الله تعالى عنهم **قوله** سنوابهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقهم يعنى ما ملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم كذا في المغرب **قوله** ويجوز تزويج الصابئات وهى من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة كذا في الكشاف **قوله** فكل اجاب على ما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة رحمه الله انهم قوم من النصارى يقرؤن الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبلة وهما جعلوا تعظيمهم لبعض الملائكة عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الاوثان **قوله** وما رواه محمول على الوطى اي لا يطاق ولا تمكن المرأة من الوطى وقيل هو اخبار عن معتاد احوال المحرمين انهم في احرامهم لا يشتغلون بالانكاح والنكاح بل هم يشتغلون بامور المناسك من الوقوف والطواف والسعى والرمى كما قال الحاج الشعث الثقل اي لا يشتغلون بالاعتسال شغلا باعمال الحج وان كان الاعتسال بالماء القراح لا بأس به فكذلك امر النكاح لانه عقد يصار اليه عند الفراغ لما فيه من الخطبة والخطبة مرادات ودعوات واجتماعات لا يتحقق الا عند الفراغ واذا حمل على وفاق العادة لم يتعلق به حكم والاوجه ان يقال ان الحديث يروى بالنهاى مجزوما وهو اختيار الخطابي والنهاى يكون للتنزيه فحمل عليه توفيقاً بين الحديثين ولئن روى منفياً فالنفي مجئى بمعنى النهى **قوله** لان جواز نكاح الاماء ضرورى عنده حتى لا يجوز للحران يتزوج اكثر من واحدة ولا يجوز نكاحها عند طول الحره ولا يجوز نكاحها الا عند خوف العنت وهو الزنا **قوله** لما فيه من تعريض الجزء على الرق لان الولد جزء منه وهو تابع للام في الرق والارفاق اهلاك حكما لان الرقيق كالهالك والرق اثر الكفر وهو موت قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافر فهديناه ولهذا كان الاعتناق احياء

قال عليه السلام ان يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه وهذا لان الاب سبب لحيوته فانما يصير مجازيا له اذا تسبب لحيوته وذا بالشر او الاملاك حكما كالاهلاك حقيقة الا انه اذا خشى العنت ابيح له ضرورة وصيانة لنفسه عن الزنا لان الاجتناب عنه فرض عليه فسقط حرمة الارفاق لذلك وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة فلا تباع الكتابية **قوله** لا يطلق النصوص المقتضى فانكحوا ما طاب لكم واحل لكم ما وراء ذلك **قوله** وفيه امتناع اي في الاقدام على نكاح الامه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه * وقوله وفيه ارقاق قلنا ان ارقاق الولد ولا ولد محال وبعد ما حدث لا يصير منه شئ حتى يقال بانه ارقاق فعلم انه ليس فيه ارقاق الولد ولئن قال فيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر قلنا هذا ليس حرام لانه بسبيل من ان لا يحصل الاصل بالامتناع عن النكاح فلان يكون بسبيل من ان لا يحصل الوصف اولى * على انا لا نسلم ان ارقاق حرام وهذا لان ارقاق دون التضييع لان فيه تضييع النسل اصلا وفي ارقاق تضييع صفة الحرية دون النسل وذا جائز بالعزل باذن الحره فالارفاق اولى فكذا اذا تزوج امه ثم حره فان نكاح الامه لا يبطل وقد استغنى عن ارقاق الولد بالحره * (ولان)

قال عليه السلام ان يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه وهذا لان الاب سبب لحيوته فانما يصير مجازيا له اذا تسبب لحيوته وذا بالشر او الاملاك حكما كالاهلاك حقيقة الا انه اذا خشى العنت ابيح له ضرورة وصيانة لنفسه عن الزنا لان الاجتناب عنه فرض عليه فسقط حرمة الارفاق لذلك وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة فلا تباع الكتابية **قوله** لا يطلق النصوص المقتضى فانكحوا ما طاب لكم واحل لكم ما وراء ذلك **قوله** وفيه امتناع اي في الاقدام على نكاح الامه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه * وقوله وفيه ارقاق قلنا ان ارقاق الولد ولا ولد محال وبعد ما حدث لا يصير منه شئ حتى يقال بانه ارقاق فعلم انه ليس فيه ارقاق الولد ولئن قال فيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر قلنا هذا ليس حرام لانه بسبيل من ان لا يحصل الاصل بالامتناع عن النكاح فلان يكون بسبيل من ان لا يحصل الوصف اولى * على انا لا نسلم ان ارقاق حرام وهذا لان ارقاق دون التضييع لان فيه تضييع النسل اصلا وفي ارقاق تضييع صفة الحرية دون النسل وذا جائز بالعزل باذن الحره فالارفاق اولى فكذا اذا تزوج امه ثم حره فان نكاح الامه لا يبطل وقد استغنى عن ارقاق الولد بالحره * (ولان)

ولان للرق اثر في تنصيف النعمة على ما نقرر في كتاب
الطلاق ان شاء الله فيثبت به حل المثلية في حالة الانفرد
دون حالة الانضمام (ويجوز تزويج المحرمة عليها) لقوله صلى
الله عليه وسلم وتكح الحرة على الامة ولانها من المحملات
في جميع الحالات اذ لمنصف في حقها (فان تزوج امة على حرة
في عدة من طلاق بائن او ثلاث لم يجز عند ابي حنيفة
ويجوز عندهما) لان هذا ليس بتزويج عليها وهو المحرم ولهذا
لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا * ولا يحنث رحمه الله
ان نكح الحرة بائن من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقي المنع
احتياطا بخلاف البين 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 الامة
واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة
المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظاهر (ولا يجوز للعبد
ان يتزوج اكثر من اثنتين) وقال مالك يجوز لانه في حق
النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى *
ولنا ان الرق منصف فيزوج 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
(وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يباطأها حتى تضع حملها)
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد * وقال ابو يوسف النكاح
فاسد وان كان الحمل ثابت بالنسب فالنكاح باطل بالاجماع * لابي
يوسف ان الامتناع في الاصل حرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه
لاجناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه * ولهما انها من المحملات بالنص
وحرمة الوطئ كيلا يسقى ماء زرع غيره والامتناع في ثابت
النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني (فان تزوج حاملا
من السبي فالنكاح فاسد) لانه ثابت بالنسب (وان زوج ام ولده
وهي حامل منه فالنكاح باطل) لانها فراش له ولاها حتى يثبت
نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع
بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتق الولد بالنفي
من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل قال (ومن
وطئ جاريتته ثم زوجها جاز النكاح) لانها ليست بفراش
لهولاء فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة
المولى من غير دعوى ولو نفاه ينتفى بمجرد النبي من غير لعان * والضعيف فراش

قوله ولان للرق اثر في تنصيف النعمة الحل
الذي بنى عليه النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء ثم
ينتصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتكح العبد اثنتين والحر
اربعا فكنا ينتصف برق المرأة ولا يمكن اظهار التنصيص
في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد
فظهر التنصيص باعتبار الحال والاحوال ثلث تقدم وتأخر
وقرآن فصح متقدما لا متأخرا وبطل مقارنا لانه لا يحتمل
التخري فغلب التحريم كالطلاق الثلاث والاقراء او نقول في
الحقيقة حالتان حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفرد عنها
فثبت الحل في حالة الانفرد دون الانضمام **قوله** ويجوز
عندهما لان هذا ليس بتزويج عليها * فان قيل اذا تزوج
امرأة في عدة اختها من طلاق بائن لا يجوز عندهما ايضا
فلم جاز تزوج الامة في عدة الحرة ولا يجوز الجمع في المسئلتين
بتزويج الاخت على اختها وكذا تزوج الامة على الحرة *
قلنا انهما يقولان ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة
اختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا
المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح
نكاحهما ولكن المنع من تزويج الامة على الحرة لها فيه
من ادخال ناقصة الحال في مراعاة كاملة الحال وهذا لا يوجد
بعد البيوتة **قوله** ولا يجوز ان يتزوج اكثر من ذلك
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى
وثلاث ورباع والمراد احد هذه الأعداد بالاجماع * وعز
ابن ابي ليلى وابراهيم النخعي رحمهما الله وبعض الروافض
انه يجوز الجمع بين تسع نسوة تمسكا بهذا النص * والجواب
عنه ان العبارة عن التسع بهذا من الجهل والسخف فان من
اراد ان يقول اعط فلانا تسعة دراهم فقال اعطه درهمين
وثلاثة واربعة كان سخيفا جاهلا فعلم انه اراد اثنتين اثنتين
وثلاثا وثلاثا واربع اربعا **قوله تعالى** اولى اجنحة مثنى
وثلاث ورباع تحفيقه ان الله تعالى اباح كل جملة موصوفا
بصفة الاولى بكونها مثنى والثانية بكونها ثلاث والثالثة
بكونها رباع وانما يصير كل جملة موصوفا بالوصف الذي
وصفه الله تعالى اذا كان المراد احد هذه الأعداد اما اذا اريد
به الجمع لا يصير كل جملة موصوفا بما وصفها الله تعالى به
فان الاثنتين اذا جمع بالثلاث يكون خماسا واذا جمع بين
الثلاث والرابع يكون سباعا فعلمنا بدلالة هذه الصفات
ان المراد هو التخيير بين هذه الأعداد لا الجمع **قوله**
ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين المكاتب والبدن
وابن ام الولد في هذا كالعبد لان الرق المنصف للعقل قائم
فيهم كذا في الميسوط **قوله** وان تزوج حبلى من زنا
جاز النكاح وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز * لابي يوسف رحمه
الله ان الامتناع في الاصل ان فيما اذا كان الحمل ثابت
النسب لحرمة الحمل * ولهما انها من المحملات بالنص وهو
قوله تعالى واحل لكم ما وراءكم **قوله** وحرمة الوطئ *
كيلا يسقى ماء زرع غيره فان الحمل يزداد سمعه وبصره حدة
بالوطئ كما ورد في الحديث * وذكر الامام الترمذى رحمه الله
ولا نفقة لها وقيل لها ذلك ولا يباح وطئها ولا دواعيه وعدتها
بوضع الحمل * وقيل لا بأس بوطئها بخلاف الامة الحامل
من الزنا لا يقربها المولى قبل الوضع * وكذا الخلاف لو
زوجت نفسها من الزاني ولم يقرب الزاني بان الحمل منه فان
اقرصح النكاح وعند الكل يصحح النفقة لانه غير ممنوع
عن وطئها **قوله** لانها فراش له ولولاها علم ان الفراش على
ثلاثة انواع قوى وضعيف ومتوسط فالقوى فراش النكاح
ولهذا لو جاءت المنكوحة بولد ثبت النسب من غير دعوى
ولو نفاه الزوج لا ينتفى بمجرد النبي من غير لعان *
والمتوسط فراش ام الولد حتى لو جاءت بولد ثبت من
الامة حتى لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من المولى من غير دعوى

قوله الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لما فيه اي الاستبراء على المولى بطريق الاستحباب دون الحتم * الخلاف في استبراء الزوج فيما اذا لم يستبرئ المولى اما اذا استبرأ المولى ثم زوجها فانه يجوز الوطى قبل الاستبراء بالاتفاق * وذكر الامام المحجوب من المشايخ من قال لا خلاف بينهم في الحاصل فان ابا حنيفة رحمه الله قال للزوج ان يطأ بغير استبراء ولم يقل لا يستحب * ومحمد رحمه الله ايضا لم يقل هو واجب ولكنه قال لا احب ان يطأها وعند زفر رحمه الله لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلث حيث بناء على اصله انه لا يجوز نكاح الزانية بعد الزنا الا بعد ان تحيض ثلث حيض لان العدة تجب عنده حلالا كان او حراما قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وقول محمد رحمه الله اقرب الى الاحتياط **قوله** ونكاح المتعة والنكاح الموقت باطل * نكاح المتعة ان يكون بلفظ التمتع مثل ان يقول خذي هذه العشرة لانتنع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يقل اياما * **كتاب النكاح فصل (١٥)** في بيان المحرمات

النكاح الموقت ان يتزوج امرأة عند الشهود عشرة ايام وفرق ما بينهما ان يكون بذكر لفظ التزوج والنكاح في الموقت ولفظ المتعة في نكاح المتعة ثم في نكاح المتعة خلاف مالك رحمه الله فانه يجوز عنده وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه واستدل **بقوله تعالى** فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن ولانا اتفقنا انه كان مباحا فان النبي عليه السلام احل المتعة ثلثة ايام من الدهر في غزاة غزاهما اشتد على الناس فيها العزوبة والحكم الثابت يبقى حتى يظهر ناسخة ولكنها نقول قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالآثار المشهورة من ذلك ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ان منادى رسول الله عليه السلام نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة * ورواه حديث الربيع رضي الله عنه قال احل رسول الله عليه السلام المتعة عام الفتح فحججت من عمى الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة عمى احسن من بردتي فخرجت امرأة كانها دمية عيطاء ففعلت تنظر الى شبابي وبردته وقالت هلا بردته كبردته او شبابي هذا كشبابي هذا ثم آثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما اصبغت اذا منادى رسول الله عليه السلام ينادى ان الله ورسوله ينهيكم عن المتعة فانتهى الناس عنها * ثم الاباحة المطلقة لم تثبت في المتعة قط انما تثبت الاباحة الموقته بثلثة ايام فلا يبقى ذلك بعد مضيتها حتى تحتاج الى دليل النسخ * وقال جابر بن زيد ما خرج ابن عباس رضي الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة والمراد **بقوله تعالى** فما استمتعتم به منهن الزوجات فانه بناء على قوله ان تبتغوا باموالكم محصنين والمحصن النكاح كذا في البسيط **قوله** قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة اي ظهور ثبوت النسخ يعني ان الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا على ان نكاح المتعة قد انتسخ وقت النبي عليه السلام لان الاجماع لان يصلح ناسغا في المذهب الصحيح **قوله** ولنا انه اتى بمعنى المتعة وهو انه اتى بالنكاح لفظا والمتعة معنى لان النكاح ينعقد للزواج وطلب الولد والمتعة للاستمتاع لا غير والنكاح الى عشرة ايام ينعقد للاستمتاع لا غير والعبرة في العقود للمعاني * ولهذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كحالة الوصاية في حياة الموصى وكالة والوكالة بعد وفاة الموصى وصاية والهبة بشرط العوض بيع حتى تثبت به الشفعة وترد بالعيب ولا يلزم على هذا ما اذا شرط الطلاق بعد شهر فانه يجوز النكاح ويبطل الشرط لان هذا الشرط لم يصرف في معنى المتعة لان الطلاق قاطع للنكاح فاشترط الطلاق القاطع بعد شهر لينقطع به النكاح دليل على انها عقد النكاح مؤبد **قوله** ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان العين لجهة المتعة التأقيت وهو موجود * وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ذكرنا من الوقت ما يعلم انها لا يعيشان الى ذلك الوقت غالبا كعاقبة سنة او اكثر صح لانه تأييد معنى كما لو تزوجها الى موتها او موته **قوله** ثم جميع المسمى التي عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما يقسم على مهر مثلها فيما اصاب التي صنع نكاحها يجب لان الزوج جعل المسمى مقابلا ببضعهما لا يبضع احديهما فلا يجعل بمقابلة احديهما * وله ان الانقسام من حكم صفة المقابلة ولا تتحقق المقابلة في حق من ليست بمقابلة لهذا الحكم فلفت الاضافة اليه فصار التكلم به وعدمه بمنزلة ولو لم يتكلم بكلمة المقابلة الا مضافا الى احديهما كان الحكم هكذا كذا هنا وصار هذا وقوله تزوجت هذا الجدار وهذه المرأة بالحق سواء وهناك لا يقسم كذا هنا

الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح (فللزواج ان يطأها قبل الاستبراء) عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء * ولهما ان الحكم بجواز النكاح امانة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا قال (ونكاح المتعة باطل) وهو ان يقول لامرأة انتنع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخة قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فنقرر الاجماع (والنكاح الموقت باطل) مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين الى عشرة ايام وقال زفر 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 التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد (ومن تزوج امرأتين في عقدة احديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى) لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى التي حل نكاحها عند ابي حنيفة وعندهما يقسم على مهر مثلها وهي مسئلة الاصل (ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بيينة فجعلها القاضى امرأته ولم يكن تزوجها

(وسعها)
 اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان العين لجهة المتعة التأقيت وهو موجود * وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ذكرنا من الوقت ما يعلم انها لا يعيشان الى ذلك الوقت غالبا كعاقبة سنة او اكثر صح لانه تأييد معنى كما لو تزوجها الى موتها او موته **قوله** ثم جميع المسمى التي عند ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما يقسم على مهر مثلها فيما اصاب التي صنع نكاحها يجب لان الزوج جعل المسمى مقابلا ببضعهما لا يبضع احديهما فلا يجعل بمقابلة احديهما * وله ان الانقسام من حكم صفة المقابلة ولا تتحقق المقابلة في حق من ليست بمقابلة لهذا الحكم فلفت الاضافة اليه فصار التكلم به وعدمه بمنزلة ولو لم يتكلم بكلمة المقابلة الا مضافا الى احديهما كان الحكم هكذا كذا هنا وصار هذا وقوله تزوجت هذا الجدار وهذه المرأة بالحق سواء وهناك لا يقسم كذا هنا

قوله وسعها المقام معه وكذلك اذا ادعت المرأة الطلقات الثلث على زوجها واقامت البينة ولم يكن طلقها فقضى القاضي بذلك فتزوجت
 بزوجه آخر حل للزوج الثاني ان يطأها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله عليه لا يحل للثاني ولا للاول وكذلك في دعوى العتق
 والنسب * واجمعوا ان قضاء القاضي في الاملاك المرسله وفي الميراث ينفذ ظاهرا لا باطنا واما في الهبة والصدقة فمن ابي حنيفة روايتان *
 والحاصل ان في المسئلة اربعة اقاويل * ابو حنيفة رحمه الله يقول يحل للثاني وطئها دون الاول * وابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان
 لا يحل وطئها للاول للتهمة ولا للثاني للحرمه * والشافعي رحمه الله يقول يطأها الاول سزا والثاني علانية * وذكر شمس الاقضية
 السرخسي ان على قول محمد لا يحل للاول وطئها قبل دخول الثاني واذا دخل لا يحل الوطئ للاول لوجوب العدة عليها من الثاني
 كالمسكوة اذا وطئت بشبهة قوله بخلاف الاملاك المرسله اى المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية
 والطعام من غير تعيين شري وارث حيث ينفذ القضاء ظاهرا لا باطنا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضى له وطئها * ثم انما لا يشمت
 الملك هناك للمقضى لانه لا يتوجه على القاضي القضاء بالملك لان التكليف بحسب الوسع وليس في وسعه اثبات الملك لانسان بغير
 سبب وفي اسباب الملك كثرة لا يمكن تعيين شئ منها بدون الحجة فعرفنا انه غير مخاطب بالقضاء بالملك وانما
 يصير مخاطبا باليد وذلك نافذ منه واما ههنا توجه عليه
 القضاء بالنكاح لان طريقه متعين * توضيحه ان القاضي لا يقول
 هنالك للمدعى ملكتك هذا المال بل تقصر يد المدعى
 عليه من المال وههنا يقول قضيت بالنكاح بينكما وجعلتها
 زوجة لك * ثم قيل تشتترط حضرة الشهود وقت الحكم لينفذ
 باطنا * وقيل لا تشتترط * ثم فيما ذهب اليه ابو يوسف
 ومحمد رحمهما الله من قضاء القاضي بالطلقات الثلث بشهادة
 الزور تعطيل الفرج لانها لا يحل للاول ولا للثاني فلا
 تتمكن من التزوج بزوجه آخر وفيه ضرر عليها * وفيما
 قاله الشافعي رحمه الله اجتماع الرجلين على امرأة واحدة في
 طهر واحد وهو قبيح فعرفنا ان الواجه ما ذهب اليه ابو
 حنيفة رحمه الله كذا ذكره الامام المجتوب رحمه الله عليه

كتاب النكاح فصل (١١) في بيان المحرمات

وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة
 وهو قول ابي يوسف اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد
 لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي لان القاضي اخطأ
 الحجة اذ الشهود كذبه فصار كما اذا ظهر انهم عبيد
 او كفار * ولا ي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة
 لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق
 لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابنتى القضاء على الحجة وامكن
 تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك
 المرسله لان في الاسباب تزاها فلا امكان

باب الاولياء والاكفاء

(وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد
 عليها ولي بكر كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف)
 رحمهما الله (في ظاهر الرواية * وعن ابي يوسف) رحمه الله
 (انه لا ينعقد الابولي * وعند محمد ينعقد موقوفا) وقال مالك
 والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان
 النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا
 الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي * ووجه الجواز انها
 تصرف في خالص حقا وهي من اهل لكونها عاقلة مميزة
 ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما
 يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة *

باب الاولياء والاكفاء

قوله وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم
 يعقد عليها ولي بكر كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي
 يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية لقوله عليه السلام الام
 احق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لزوج لها بكر
 كانت او ثيبا عند اهل اللغة * وقال مالك والشافعي رحمهما الله
 لا ينعقد بعبارتها اصلا سواء زوجت نفسها او بنتها او امها
 او توكلت بالنكاح لحديث ابي هريرة رضى الله عنه انه قال
 عليه السلام لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها انما الرانية
 هي تنكح نفسها * واما من شرط الولي فاستدل بقوله تعالى
 فلا تغفلون ان ينكحن ازواجهن * وقال الشافعي رحمه الله
 هذه الآية ابين آية في كتاب الله تعالى تدل على ان النكاح
 لا يجوز بغير ولي لانه نهى الولي عن المنع وانما يتحقق
 المنع منه اذا كان ممنوع في يده * وفي حديث عائشة
 رضى الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امرأة نكحت
 بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل فان دخل بها فلها
 المهر بما استعمل من فرجها لا وكس ولا شطط ابي الولي
 فالسلطان ولي من لاولي له وقال عليه السلام لا نكح الا
 بولي * واما من جوز النكاح بغير ولي فاستدل
 بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن
 وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى

ان ينكحن ازواجهن اضاف العقد اليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة * والبراد بالعضل المنع حسبا بان يعسها في بيت ويمنعها من
 التزوج او هذا خطاب للازواج فانه في اول الآية اذا طلقتم النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعه
 من التزوج بزوجه آخر * واما حديث عائشة رضى الله عنها فلا تعمل به لان عائشة رضى الله عنها هي التي بوط وقد زوجت بنت اخيها
 عبد الرحمن وهو غائب وعمل الراوى بخلاف ما روى يبطل الرواية لما عرف في اصول الفقه ومداره على الزهرى وقد انكره على انه
 مخالف للنص فيرد لان الله تعالى اضاف العقد اليهن في غير موضع ولا متمسك له بقوله عليه السلام لا نكح الا بولي لان هذا نكاح بولي لانها
 صارت ولية بنفسها بعد البلوغ عن عقل كالرجل على انه محمول على امة زوجت نفسها بغير اذن مولاهما وصغيرة ومجنونة او على نفي
 الكمال توفيقا بين الحديثين قوله وانما يطالب الولي بالتزويج جواب اشكال يرد على قولها انها صرفت في خالص حقا بان يقال
 لما كان النكاح حقا فلم امر الولي بالتزويج *

قوله ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله آخر امرأة لو زوجت نفسها من غير
كفو يصح حتى يثبت حكم الطلاق والايلاء والظهار والتوارث وغير ذلك قبل التفريق ولكن للاولياء حق الاعتراض * وروى الحسن عن أبي
حنيفة رحمه الله ان النكاح لا ينعقد به اخذ كثير من مشايخنا * وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا اقرب الى الاحتياط فليس كل
ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل فاض يعد له فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفو عليها * وقال القاضي الامام
فخر الدين رحمه الله تعالى الفتوى على قول الحسن في زماننا *
قوله في تعليل الشافعي رحمه الله لان النكاح يراد لمقاصده
والتفويض اليهن نحل بها هذا التعليل لا يلائم اذ يقتضى هذا
ان لا يفوض اليهن ولا يقتضى ان لا ينعقد بعبارتهن اذ لا يخل
في المقاصد بمباشرة العقد عند اختيار الولي الزوج *
والصحيح ان يقال لانها ليست باهل لمباشرة النكاح فلا ينعقد
بعبارتها كالصغيرة وهذا لان الاهل من يقدر على تحصيل النكاح
لمقاصده وهي معان يستدعي التوافق بينهما عادة ولا يوقف
عليها الا بالعقل الكامل وعقلها ناقص بالحديث فلو فوض
اليهن تحتل المقاصد لانهن سرعات الاغترار سيئات الاختيار
الا ان محمدا رحمه الله يقول الضرر اليه هووم ينتفي باجازه
ولا يخل في نفس العقد فيصح قوله لكن للولي حق
الاعتراض في غير الكفو اي للولي حق الفسخ اذا تزوجت
غير كفو مالم تلد من الزوج اما اذا ولدت منه فليس
للأولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد * وذكر العلامة السفناقي
رحمه الله تعالى في النهاية ولكن ذكر في مبسوط شيخ الاسلام
رحمه الله تعالى واذا زوجت امرأة نفسها من غير كفو فعلم
الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولادا ثم بدا له ان يخاصم
في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا في
حق النكاح في حق البكر نضا بخلاف القياس ثم قال
كذا كان مكتوبا بخط شيخنا قوله واذا بكت بلا صوت
لا يكون ردا لانها تحزن على مفارقة بيت ابويها وانما يكون
ذلك عند الاجازة * وقيل ان كان دمعها باردا فرضا وان كان
حارا فلا وان كان عذبا فرضا وان كان مالحا فلا * وان استأمرها
في نكاح رجل فابت ثم زوجها فسكتت فهو رضا خلافا
لابن مقاتل لتصريح سخطها * قلنا قد ترضى في الثاني بها
ابنته حالا وان استأمرها في نكاح رجل فقالت غيره احب الى
منه فليس باذن وان زوجها رجلا ثم اخبرها به فقالت كان
غيره احب الي منه فاجازة قوله وان فعل هذا اي استأمر
غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى يتكلم *
وقال الكرخي رحمه الله هذا رضا لان حياءها منه اشد *
قوله وتعتبر في الاستئثار تسمية الزوج على وجه تقع
به المعرفة حتى لو قال ازوجك احد جيراني او بنى عمي لم
يكن سكوتها رضا لان الرضا بالمجهول لا يتصور * ولا
تشتري تسمية البهر هو الصحيح * وقيل لا بد من تسمية البهر
والصحيح ان الزوج ان كان ابا او جدا فنكر الزوج يكفي
لانه لا ينقص عن البهر الا لغرض فوqe وان كان غيرها
فلا بد من تسمية البهر * وقيل لو وعد جماعة فسكتت
زوجها من اقدمهم وكذا ان ذكر بنى فلان وهم يحصون
والا لم يجز * قال الامام التبرتاشي رحمه الله ولم اعثر على
حد الاحماء هنا وقد ذكر في الوصية لبنى فلان عن محمد
رحمه الله ما زاد على العشرة لاصحون * وعنه ما زاد على
مائة * وقيل ثمانون * وقيل اربعون * وقيل ذلك مفوض
الى رأى القاضي فالذكر ثم يكون ذكرا هنا * وقيل ان
قال زوجتك رجلا جاز بسكوتها وفي ازوجك لم يجز حتى
يسميه والصحيح ان الاخبار كذا قوله ولو زوجها فبلغها
الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا اي السكوت رضا بشرط
تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة * وقال محمد بن مقاتل ان استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا فانما اذا بلغها
العقد فسكتت لا يكون رضا لانه ثبت بخلاف القياس قبل العقد بالنص * وهذا ليس في معناه لان السكوت عند الاستئثار لا يكون ملزما
وحين بلغها العقد يكون ملزما قلنا هذا في معناه لانه انما جعل رضاها نكاحا بعله الحياء وهو موجود هنا قوله وله نظائر كعزل الوكيل وحجر
المأذون واخبار المولى بجنابة العبد واخبار الشفيق ووقوع العلم بفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الشرائع على المسلم الذي لم يهاجر *

كتاب النكاح (١٢) باب الاولياء والاكتفاء

ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو لكن
للولي الاعتراض في غير الكفو * وعن أبي حنيفة وأبي يوسف
انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا
يرفع * ويروى رجوع محمد الى قولهما (ولا يجوز للولي
اجبار البكر البالغة على النكاح) خلافا للشافعي له
الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعلم
التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها * ولنا انها
حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليه ولاية والولاية على
الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب
فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض
الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهها قال (واذا
استأذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن) نقوله صلى الله
عليه وسلم البكر تستأمر في نفسها فان سكنت فقد رضيت
ولان جنبه الرضا فيه راجحة لانها تستحيى عن اظهار الرغبة
لا عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما
اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة
بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا
قال (وان فعل هذا غير الولي) يعني استأمر غير الولي
او ولي غيره اولى منه (لم يكن رضا حتى تتكلم به) لان
هذا السكوت لقله الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على
الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثل الحاجة ولا حاجة
في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول
الولي لانه فائم مقامه (وتعتبر في الاستئثار تسمية
الزوج) على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها
عنه (ولا تشتري 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 المخير
ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند أبي حنيفة
خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله
نظائر (ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول)
لقوله صلى الله عليه وسلم

العقد فسكتت لا يكون رضا لانه ثبت بخلاف القياس قبل العقد بالنص * وهذا ليس في معناه لان السكوت عند الاستئثار لا يكون ملزما
وحين بلغها العقد يكون ملزما قلنا هذا في معناه لانه انما جعل رضاها نكاحا بعله الحياء وهو موجود هنا قوله وله نظائر كعزل الوكيل وحجر
المأذون واخبار المولى بجنابة العبد واخبار الشفيق ووقوع العلم بفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الشرائع على المسلم الذي لم يهاجر *

قوله الثيب تشاور المشاورة من باب اليفاعلة فيقتضى وجود الفعل من الطرفين وقد وجد النطق من الولي فينبغي ان يوجد منها * والدليل عليه رواية اخرى الثيب يعرب عنها لسانها فدل على ان النطق شرط * الوثبة هي الوثوب من فوق والطفرة الى فوق قوله فان زالت بكارتها بوثبة الى قوله فهي في حكم الابكار * وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان البكر اسم لامرأة عذرتها قائمة والثيب من زالت عذرتها وهذه زالت عذرتها فتكون ثيبا * فان قيل لو اشترى امة بشرط انها بكر له بغير هذه الصفة * قلنا قد قيل لا يكون له ولاية الرد اذا اقر المشتري ان عذرتها زالت بالوثبة لانها بكر لكنها ليست بعذرا * اذا المعتاد بين الناس انهم يريدون باشتراط البكرة في المشتري صفة العذرة والحكم هنا تعلق بالحياة وبصفة البكرة وهما قائمان * الثيب مشتق من ثاب اي رجع ومنه المثوبة لانها جزء عمله يعود اليه والمثابة لانها مرجع الناس والتثويب لانه عود الى الاعلام بعد الاعلام * قوله ولو زالت بكارتها بزنا كتاب النكاح (١٣) باب الاولياء والاكفاء

التعليل في معرض النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وانها ثيب حقيقة ولهذا لو اوصى لثيب بنى فلان تدخل الزانية فكذا تحت قوله عليه السلام الثيب تشاور * قلنا علة الحياء منصوص عليها فان عاتشة رضى الله عنها قالت ان البكر تستحيى يا رسول الله فقال عليه السلام اذنها صانها والكلام اذا خرج مخرج الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فصار كانه عليه السلام قال اذنها صانها لانها تستحيى والحياء هنا قائم لانها ابتليت مرة بالزنا لفرط الشبق واللاكره فلا يزول حياؤها بل يزداد لان في الاستنطاق ظهور فاحشة وهي تستحيى من ذلك غاية الحياء وقوله عليه السلام الثيب تشاور خص منه الامة والمجنونة والعمل بالعلة المنصوصة التي لم تخصص اولى من العمل بذلك النص المخصوص * فان قيل حياء البكر حياء كرم الطبيعة وهو محمود وهذا حياء من ظهور الفاحشة فلم يكن في معنى المنصوص عليه * قلنا هذا الحياء ممدوح ايضا لانها تستتر على نفسها وقد امرت بذلك قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله والحياء من ظهور العصية من كرم الطبيعة وحسن العقيدة ايضا ولما سقط نطقها في موضع كان نطقها دليل رغبتها في الرجال على احسن الوجوه فلان يسقط نطقها في موضع يكون نطقها دليل رغبتها في الرجال على افحش الوجوه اولى بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهر ذلك الفعل عليها حين الزمها العدة والنهر واثبت النسب وهنا الشرع ما اظهر عليها اذا لم يعلق به شيئا من الاحكام وامرها بالستر على نفسها فان اخرجت واقسم عليها الحد فالصحيح ان لا يكتفى بسكوتها وكذا اذا صار الزنا عادة لها * وقيل يكتفى بسكوتها في هذين الفصلين لانها بكر شرعا الا ترى انها تدخل تحت قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان هذا موجود في الموطوءة بشبهة ونكاح فاسد ولا يكتفى بسكوتها فلمع ان الاعتبار بقاء صفة الحياء قوله فكانت منكرا وهذا لما عرف ان الدعوى اذا خلت عن البينة يعتبر فيها المعنى دون الصورة ففي حق هذه الشهادة تعتبر الصورة لان الشهود لا يعرفون الا الظاهر وفي حق اليمين يعتبر المعنى لانها يعرفان حقيقة الحال والمرأة هنا مدعية صورة منكرا معنى كالمودع في دعوى رد الوديعة مدع صورة منكر معنى * ثم في الوديعة القول قول المودع في دعوى رد الوديعة فكذا هنا القول قولها في دعوى رد النكاح اذ العبرة للمعنى لا للصورة في الفصلين

الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقال الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها فان زالت بكارتها بوثبة او طفرة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبتها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيى لعدم الممارسة (ولو زالت) بكارتها (بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة) وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبتها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب * ولا يحنيفة ان الناس عرفوها بكرا فيعيونها بالنطق فممنوع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الي ستره حتى لو اشتهر عاها لا يكتفى بسكوتها (واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت 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 يدعى لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرا كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضى المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وستأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى

(الهداية مع الكفاية) ٣

وهذا بخلاف مسألة الخيار لان لزوم البيع قد تحقق بمضى المدة قبل اظهار الرد وبعد لزوم البيع لا يمكنه الرد قوله وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح * فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لان السكوت عبارة عن عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة * قلنا لانسلم هذه الدعوى مطلقا فان الشهادة على النفي مقبولة فيما اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعى الزوج انه قال قول النصارى فيما اذا ادعت المرأة انه قال عزير ابن الله ثم ادعت المرأة انه لم يقل قول النصارى واقامت على ذلك بيينة حيث يقبل ويفرق بينهما لما انه لو كان قاله يسعده الشهود فكذلك هنا * او نقول بل السكوت امر وجودي وهو ضم الشفتين فيلزم منه عدم الكلام فكان السكوت من لوازمه فحينئذ لا تكون الشهادة على النفي وذكر الامام الترمذى رحمه الله فان اقام البينة فيبنتها اولى لانها تثبت الرد وهو اثبت عدما وهو السكوت حتى لو اقام على انها اجازت اورضيت حين علمت حتى استويا في الاثبات ثم جعلت بينته لاثباته *

(ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكونا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصة) ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا * وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا لانعدام الشهوة الان والاية الاب ثبتت نسا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به * فلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرارا للكفو * وجه قول الشافعي ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقتهم وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانما اعلى اولى * ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الازلام بخلاف التصرف في المال فانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الازلام * وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأى لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليه تيسيرا * ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأى بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر * ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب قال (فان زوجهما الاب او الجد) يعنى الصغير والصغيرة (فلا خيار لهما بعد بلوغهما) لانهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم العقد بهما شرهما كما اذا باسراه برضاها 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 وقال ابو يوسف لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ نافصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فينتظر الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأى في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيباخير *

قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي وقال ابن شبرمة وابو بكر الاصم انه لا يزوج الصغير والصغيرة احد حتى يبلغا قوله وفي الثيب الصغيرة ايضا اى ويخالفنا الشافعي رحمه الله في اجبار الثيب الصغيرة للاب والجد ايضا قوله بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل اى يتداول الايدي بان باع الولي من ماله شيئا ثم باع المشتري من آخر او غاب المشتري وقد يتعذر الظفر بمن عاقده الولي لغيبته او لحواله اولموته او لسيانته فلا يمكن تدارك الخلل الواقع من تصور الشفقة فلم يمكن ان تثبت ولاية التصرف في المال لغير الاب والجد الا ملزمة ولا تثبت ولاية الازلام مع تصور الولاية فسلبنا الولاية عنه اصلا اما النكاح فانه يقع مرة ولا يتكرر فلو وقع فيه خلل يمكن تداركه بالاعتراض بعد البلوغ قوله وجه قوله في المسئلة الثانية اى في الثيب الصغيرة قوله فادرنا الحكم عليها اى على الثيابة قوله ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم وهو قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله من غير فصل اى بين البكر والثيب * قوله ولهما ان قرابة الاخ ناقصة وانما خص الاخ لانه اقرب الاولياء بعد الاب والجد فاذا ثبت الحكم فيه يثبت فيما دونه بالطريق الاولى قوله واطلاق الجواب في غير الاب والجد وهو قوله وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ قوله وهو الصحيح احتراز عما روى خالد بن صبيح البروزي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الخيار فيما اذا زوج القاضي اليتيم واليتيمة * ووجهه ان للقاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعا فيكون ولايته في القوة كولاية الاب * وجه ظاهر الرواية ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعلم فاذا ثبت لهما الخيار في تزويج الاخ والعلم ففي تزويج القاضي اولى وكذلك الام اذا زوجت الصغير والصغيرة جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وفي اثبات الخيار لهما اذا ادركا عنه روايتان في احدي الروايتين لا يثبت لان شفقتها وافرة كشفقة الاب واكثر * والاصح انه يثبت لهما الخيار لان لها قصور الرأى مع وفور الشفقة ولهذا لا تثبت ولايتها في المال وتبام النظر بوفور الرأى والشفقة كذا في البسوط وقصور الرأى في الام ونقصان الشفقة في القاضي

قال (ويشترط فيه القضاء) بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء (ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضوان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فسكتت) شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الابنه والولى يتفرد به فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفة فتعذر بالجهل بثبوت الخيار (ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجي منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) اعتبار الهذمه الحالة مجال ابتداء النكاح (وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام) لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتراف فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة (ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق) لانه تصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذى ملكها وهو مالك للطلاق (فان مات احداهما قبل البلوغ ورثه الآخر) وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والمالك ثابت به وقد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولى اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فينتقرر به قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء (ولا) ولاية (لكافر على مسلم) لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فنثبت له ولاية الانكاح على ولته الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجرى بينهما التوارث

قوله ويشترط فيه القضاء لان سبب تمكن الخلل لقصور في الرأى والشفقة ولا يوفق على حقيقته اولانه مختلف فيه منهم من ابي ومنهم من رأى فيتوقف على القضاء كالرجوع في الهبة بخلاف خيار العتق لان سببه مقطوع به وهو زيادة ملك الزوج عليها ولهذا يختص بالانثى لان زيادة الملك في العتق يتصور في الامة دون العبد الا ترى انه لو كان يملك مراجعتها فكان لها ان تدفع الزيادة لان ولاية المولى لم تكن ثابتة في هذه الزيادة وصار العقد في هذه الزيادة كانه وجد الآن فكان الاختيار فيها دفعا للحكم عن الثبوت لارضاعه بعد الثبوت والدفع لا يفتقر الى القضاء لان الدفع امر مستقل به الدافع لان لكل واحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالدفع بالعيب قبل القبض فانه يتم بالخصم بدون الحكم ولا نها تفرد بدفع اصل الملك بعد الحرية حتى لا يجوز النكاح بلا رضاها فكذا تفرد بالزيادة الا انها لا تملك دفع الزيادة الا برقع ما كان ثابتا وهو اصل الملك فملك دفع ما كان ثابتا ضمنا لدفع الزيادة لاقتصا * ولا يقال ان المرأة ان كانت دافعة للزيادة فهي مبطله حق الزوج عما كان ثابتا والزوج يستبقى ملكه الثابت ثم تثبت الزيادة ضمنا له فلما ذا ترجع جانبها لان الزوج وان تضرر بابطال ما كان ثابتا له الا ان اعتبار جانبها اولى لانها تبطل حقا مشتركا بينها وبينه وهنا حكم العقد قد ثبت على الكمال ولم يزد الملك بالبلوغ ولكننا احتجنا الى الفسخ لتوهم ترك النظر من المولى لقصور شفقته واذا خفي موهوم اذ لو كان ظاهرا لما نفذ * لان الولاية مقيدة بالنظر ولهذا يشمل الذكر والانثى لان تمكن الخلل يشملهما فجعل الزاما في حق الآخر لكونه وفا لحكم ثابت فيتوقف على قضاء القاضي كالدفع بالعيب بعد القبض قوله ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا اى اذا بلغت وهي بكر قوله او يجي منه ما يعلم انه رضا نحو سوق البهر والتقبيل والوطى قوله بخلاف خيار العتق لانه يثبت باثبات المولى وهو الاعتراف فانه لا يبطل بالسكوت ويبتدئ الى آخر المجلس ويبطل بالقيام عن المجلس لانه ثبت باثبات المولى لانه حكم العتق وهو ثابت باثباته واليه اشار بقوله عليه السلام ملكت بضعت فاخترى قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق وكذا بخيار العتق * فان قيل النكاح لا يجتمعا الفسخ * قلنا نعم بعد التمام واللزوم والفرقة في باب البلوغ تثبت حكما لقصور الولاية فيمنع لزوم النكاح فاحتدل الفسخ وفي العتق انها ثبت الخيار لرد الزيادة ولا ولاية للمولى فيها فسقط لزومه ايضا فكيف يكون طلاقا وهو مخصوص بالمرأة باثبات المولى ولا طلاق اليها بخلاف المخيرة لان الزوج ملكها وهو مالك للطلاق ولا مهر لها عليه في الفرقة بخيار البلوغ ان لم يدخل بها وان دخل بها وجب التمسى فيها فان مات احداهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا ان مات بعد البلوغ قبل التفريق كما لو وجد الاعتراض بعدم الكفاءة فمات احداهما قبل قضاء القاضي * قوله لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فان هذا يقتضى نفى السبيل من كل وجه لان الكفرة في موضع النفى تعم لكن السبيل قد ثبت حقيقة فيراد به نفى السبيل حكما كقبول الشهادة والولاية والقضاء والوراثة *

(ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة) معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان * وقال محمد لاثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة * وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما ثبتت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة * ولاي حنيفة ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة (ومن لاولي لها) يعنى العصبه من جهة القرابة (اذا زوجها مولها الذى اعتقها جاز) لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولى من لاولى له (واذا غاب الولى الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج) وقال زفر لايجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقاله صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لوزوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته * ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لاينتفع برأيه ففوضناه الى الابدع وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولوزوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولايرد (والغيبة المنقطعة ان يكون فى بلد لا تصل اليه القوافل فى السنة لامرأة واحدة) وهو اختيار القدورى * وقيل ادنى مدة السفر لانه لانهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين * وقيل اذا كان حال يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لانظر فى ابقاء ولايته حينئذ (واذا اجتمع فى المجنونة ابوها وابنها فالولى فى نكاحها ابنها فى قول ابي حنيفة وابى يوسف وقال محمد ابوها) لانه اوفر شفقة من الابن * ولهما ان الابن هو المقدم فى العسوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات

فصل فى الكفاءة

(الكفاءة فى النكاح معتبرة) قال صلى الله عليه وسلم الا لايزوج النساء الا الاولياء ولايزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخصيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دثاة الفراش (واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما) دفعا لضرار العار عن انفسهم

قوله لغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه عند عدم العصبات ثم بعد العصبات وان بعدت مولى العتاقة ثم العصبه لمولى العتاقة ثم الام ثم ذوا الارحام الاقرب فالاقرب فان الاقرب عند ابي حنيفة بعد العصبات الام ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم ابن بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لام ثم الاخت والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى المولاة ثم السلطان ثم القاضى ومن نصبه القاضى اذا شرط تزويج الصغار والصغائر فى عهده واذا لم يشترط فلا ولاية له وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله ثم القاضى انما يملك لنكاح من يحتاج الى الولى اذا كان ذلك فى عهده ومنشوره والا فلا * **قوله** لهما ما روينا وهو قوله عليه السلام النكاح الى العصبات اللام للجنس فينبغى ان يكون الجميع مقوضا اليهم ولا يشترط اجتماعهم لانه مقابلة الجمع بالجمع فيقتضى انقسام الآحاد على الآحاد ولان اللام اذا دخل على الجمع بطل معنى الجمعية وصار كالفردي * **قوله** فالولاية الى الامام اى الخليفة * **قوله** والحاكم اى القاضى * **قوله** وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب باستطلاع رأيه * وعن هذا ذكر الامام القاضيخان رحمه الله فى الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا فى البلدة لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة * **قوله** وقال محمد رحمه الله ابوها لان ولاية الاب تعم النفس والمال ولا يثبت للابن الولاية فى المال كذا فى المبسوط

فصل فى الكفاءة

قوله الكفاءة فى النكاح معتبرة اى يعتبر وجودها فى حق اللزوم فى النكاح فعند عدنها كان للاولياء حق الاعتراض بالتفريق * وعن الكرخى رحمه الله انه كان يقول الاصح عندى انه لا تعتبر الكفاءة اصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء فلان لا يعتبر فى النكاح اولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة فى الدين غير معتبرة فى باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر النمسى ولا يدل ذلك على انه غير معتبر فى النكاح كذا فى المبسوط

(ثم الكفاءة تعتبر في النسب) لانه يقع به
التفاخر (فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم
اكفاء لبعض) والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام قريش
بعضهم اكفاء لبعض بطن بطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض
قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل
(ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش) لها روبا * وعن
محمد الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة
كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتننة وبنو باهلة ليسوا
باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالحساسة (واما الموالى
فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء)
يعنى لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه لا يكون
الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان
تمام النسب بالاب والجد وابويوسف الحق الواحد بالمثنى
كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون
كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين
الموالى بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع
ما ذكرنا لان الرق اثر الكفو وفيه معنى الذل فيعتبر في
حكم الكفاءة قال (وتعتبر ايضا في الدين) اى الديانة
وهذا قول ابى حنيفة وابى يوسف هو الصحيح لانه من
اعلى المفاهيم والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة
نسبه * وقال محمد لا يعتبر لانه من امور الآخرة
فلا تبتنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه او
يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستأخف
به قال (و) تعتبر (في المال وهو ان يكون مالكا للمهر
والنفقة) وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكها
او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد
من ايفائه وبالنفقة قوام الازواج ودوامه والمراد بالمهر قدر
ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا * وعن ابى يوسف
انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجرى
المساهلة في المهر ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما
الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابى حنيفة ومحمد
حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة
لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعبرون بالفقر * وقال ابو
يوسف لا يعتبر لانه لا يثبت له اذ المال غساد ورائح
(و) تعتبر (في الصنائع) وهذا عند ابى يوسف ومحمد *

قوله ثم الكفاءة معتبرة في النسب الالهى
قول سفيان الثوري فانه كان يقول لا يعتبر الكفاءة من
حيث النسب * وقيل انه كان من العرب فتواضع ورأى
المولى كفوا له وابو حنيفة رحمه الله كان من المولى فتواضع
ولم ير نفسه كفوا للعرب وحجته في ذلك قوله عليه السلام
الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي
انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيد **قوله تعالى**
ان اكرمكم عند الله اتقاكم * قلنا التفاضل في الآخرة
بالتقوى وهو المراد بالآية **قوله** فقريش بعضهم اكفاء
لبعض القريش من كان من ولد النضر والهاشمى من كان
ولد هاشم بن عبد مناف والعربي من جمعهم اب فوق
النضر والمولى من سواهم وسوا مولى لانهم نصروا العرب
وسمى الناصر مولى قال الله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم
ولان قلاهم فتحت على ايدى العرب وكانوا بسبيل من
استرقاقهم فكانهم كانوا عبيدهم ثم عتقوا باليمن ولا يعتبر
التفاضل فيما بين قريش فان رسول الله عليه السلام زوج
بنته من عثمان رضى الله عنهما وكان امويا وعلى رضى الله
عنه زوج بنته من عمر وكان عدويا **قوله** بطن
بيطن يعنى لا عبرة لفضل البعض على البعض فيما بين
قريش حتى ان الهاشمية لو زوجت نفسها من قرشى غير
هاشمى لا يكون لاولياها حق الاعتراض مع ان الهاشمية
افضل من قريشى وغير القريشى من العرب لا يكون كفوا
للقريشى حتى لو زوجت قريشية نفسها لغير القريشى
من العرب كان لاولياها حق التفريق **قوله** والعرب
بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة لا اعتبار بفضل بعض
القبائل على البعض الا بنو باهلة وافضلهم بنو هاشم * وبنو
باهلة معروفون بالحساسة فانهم كانوا يستخرجون النقي من
عظام الموتى ويا كلونه **قوله** كما هو مذهبه في التعريف *
وصورته ان يذكر الشاهد نسب المدعى عليه بابيه اذا
كان غائبا وعندهما بابيه وجده **قوله** لان التفاخر فيما
بين الموالى بالاسلام لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر
بينهم بالنسب بل بالاسلام كما قال سلمان حين تفاخر
الصحابه رضى الله عنهم وقالوا سلمان ابن هرمل قال سلمان
ابن الاسلام **قوله** اى في الديانة وهى التقوى والصلاح
والحسب وانما فسره بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا
كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة
قوله وهو قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله هو
الصحيح * وذكر شمس الاقمة رحمه الله ان الصحيح عند ابى
حنيفة رحمه الله ان الكفاءة في التقوى والحسب غير معتبرة *
وعن ابى يوسف رحمه الله انه اعتبر الكفاءة في الحسب ولم
يعتبر في التقوى * وفسر الحسب فقال هو مكارم الاخلاق
كذا في المحيط * وذكر الامام المحبوبي رحمه الله محيلا الى
صدر الاسلام رحمه الله فالحسيس لا يكون كفوا للحسيس
والحسيس الذى له جاه وحرمة وحشمة عند الناس والحسيس
الذى لا جاه له بل هو من جيلة العوام قالوا الحسيس يكون
كفوا للحسيس حتى ان الفقهاء يكون كفوا للعربي لان شرف
العلم فوق شرف النسب * ولو تزوجها وهو كفوا لها ثم
صار فاجرا داعرا لا يفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة عند
ابتداء النكاح لا استمرارها بعد النكاح كذا في الفتاوى
الظهيرية *

وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان * وعن ابي يوسف انه لا تعتبر الا ان يفحش كالحجامة والحائك والديباغ والكناس * وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعبرون بدناءتها * وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الحسيسة الى النفيسة منها قال (واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة حتى يتم لها مثلها او يفارقها) وقال ليس لهم ذلك * وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية * ولا يبي حنيفة ان الاولياء يتفاخرون بغلاء المهر ويتعبرون بنقصانه فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يعتبر به (واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهرها امره جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والمجد وهذا عند ابي حنيفة وقال لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه) ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لم يملك ذلك غيرها * ولا يبي حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تروى على المهر اما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل قدمناه في حق غيرها (ومن زوج ابنته وهو صغيرة عبدا او زوج ابنته وهو صغير امة فهو جائز) قال رضي الله عنه (وهذا عند ابي حنيفة ايضا) لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها * وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

(ويجوز لابن العم ان يزوجه بنت عمه من نفسه) وقال زفر لا يجوز (واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجه من نفسه فعقدتها بحضرة شاهدين جاز) وقال زفر والشافعي لا يجوز لهما ان الوامد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع

قوله وعن ابي حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كقولا للبطار وفي رواية قال البوالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام قوله وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه يعني ان عنده لا يصح النكاح بغير ولي فكيف يتصور ان يتزوج وينقص من مهر مثلها فقال صح رجوع محمد رحمه الله الى قولهما ان النكاح ينعقد بغير ولي وهذا الوضع على اعتبار قوله المرجوع اليه ويتصور ايضا فيما اذا اكرهت المرأة والولي على ان يزوجه باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وابي الولي فليس له ذلك عندهما * وذكر في الاسرار وقول محمد رحمه الله انما يتصور فيما اذا طلبت التزويج من الولي بكفو بدون مهر مثلها لم يجبر الولي عليه وعندهما يجبر * وذكر في المبسوط ثم فيما فيه الاعتراض للولي لو طلق زوجها قبل تفريق القاضي وقبل ان يدخل بها كان لها نصف ما سمي لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصدقات قياسا الا انا او جينا لها نصف المسمى بالنص وان فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لانه فسخ اصل النكاح بهذا التفريق واذا زوجها الولي من غير كفو ثم فارقت ثم زوجت نفسها اياه بغير الولي كان للولي حق التفريق فلا يكون رضاه بالنكاح الاول رضا بالنكاح الثاني كذا ذكر في النخبة قوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما وانما فسر بهذا لانه قال بعض اصحابنا ان الزيادة والنقصان لا يجوز عندهما فاما اصل النكاح فصحيح والاصح ان النكاح باطل عندهما * وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله عليه ظن البعض ان عندهما يجوز النكاح لان بطلان التسمية لا يبطل النكاح كالتزويج بخمر ويقال للزوج اما تزيد في المهر او يفسخ العقد * والصحيح ان النكاح باطل كما لا يصح تصرفه في المال بغير فاحش لان ولايته مقيدة بالنظر وعندهما ان النكاح موقوف على اجازتها اذا بلغا * وقيل عنهما روايتان ويجوز ان يوفق بينهما فنقول ما قاله لا يجوز اي لا ينفذ بل يتوقف كبيع الرهن الرهن وابي المرتين ان يجبر البيع وهو موقوف * وفي الاجناس عقيب قوله لا يجوز النكاح فان بلغت فاجازت جاز في قولهما قوله والدليل قدمناه وهو قرب القرابة قوله لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها حتى لو عرف سوء الاختيار من الاب مجانة وفسقا كان عقده باطلا

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

قوله واذا اذنت المرأة لرجل ان يتزوجها من نفسه ذكر في التفاريق زوجها من نفسه بامرها وقال اشهدوا ان فلانة وكلنتي ان ازوجه من نفسي ولم يبينها ولم يعرفها الشهود لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية الا ترى انه لو قال زوجت امرأة قد وكلنتي لا يجوز * وفي شرح القاضي لو كانت حاضرة منتقبة ولا يعرفها الشهود فغن الحسن وبشر رحمهما الله يجوز وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراهما الشهود كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله *

الا ان الشافعي رحمه الله يقول في الولى 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 فلا يحتاج الى القبول
قال (وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاها موقوف فان
اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل
امراة بغير رضاها او رجلا بغير رضاها) وهذا عندنا فان
كل عقد صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة *
وقال الشافعي تصرفات الفضولى كلها باطله لان
العقد وضع لحكمه والفضولى لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو *
ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر
في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذارأى المصاححة فيه ينفذه وقد
يتراخى حكم العقد عن العقد (ومن قال اشهدوا انى قد
تزوجت فلانة فبلغها الخبر فجازت فهو باطل وان قال
آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فبلغها الخبر
فجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التى قالت جميع ذلك)
وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فجاز واصل هذا ان
الواحد لا يصح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب
واصلا 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 كالحلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان
الموجود شرط العقد لانه شرط حالة الحضرة فكذا عند الغيبة
وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف
المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى
بين الفضوليين عقد تام وكذا الحلع واغتاه لانه تصرف يمين
من جانبه حتى يلزم فيتم به (ومن امر رجلا ان
يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما)
لانه لا وجه الى تنفيذها للمخالفة ولا الى التنفيذ فى احديهما
غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق
(ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز
عند ابى حنيفة) رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة *
وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان
المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الزوج بالاكفاء * فلنا
العرف مشترك *

قوله الا ان الشافعي رحمه الله يقول في الولى
ضرورة لانه لا يتولاه سواه اكثر ما في الباب ان يأمر
غيره ولكن امر غيره من احد الجانبين فمأموره قائم مقامه
فلو منعاه من تولى الشطرين لامتنع النكاح اصلا **قوله**
دون التعبير يعنى المنافاة بين كونه الشخص الواحد
ملكاً ومتملكاً كما يكون فى حكم هذين اللفظين لافى التعبير
بهما والشخص الواحد جاز ان يعبر بلفظ التمليك والتملك
والحكم فى عقد النكاح راجع الى الزوجين الاترى انه
لا يستغنى عن الاضافة اليهما بخلاف البيع **قوله** وله مجيز
انعقد موقوفا على الاجازة بخلاف ما اذا زوج رجل امرأة لا يحل
له نكاحها لانه ليس لهذا العقد مجيز **قوله** او فضوليا
من جانب واصيلا وكذا فضوليا ووليا او وكلا من جانب
عندهما خلافا له **قوله** فاذا كان فضوليا يتوقف لان
الفرق بين المأمور وغيره النفاذ لا الانعقاد **قوله** وصار
كالحلع والطلاق والاعتاق على مال بان قال خالعت امرأتى
على كذا فبلغها الخبر فقبلت او قال طلقت امرأتى على كذا
فبلغها الخبر فقبلت او قال اعتقت عبدي على كذا فبلغه الخبر
فقبله **قوله** وكذا الحلع واغتاه اى الطلاق والاعتاق على
مال لانه تصرف يمين لما فيه من تعليق الطلاق والعتاق
بالقبول لصحة تعليقهما بالشرط فاذا بلغهما وقبل صاع لوجود
الشرط ولهذا لا يصح الرجوع عن ذلك فليبين حكم فبقى
باعتماد حكمه * ولا يمكن ان يجعل النكاح تعليقا لانه لا يحتمل
التعليق بالشرط * ولا يلزم على هذا ما اذا قال بحضورها
طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل
ولو كان تعليقا بالشرط لما يبطل بقيامها عن المجلس لان
من التعليقات ما يبطل بالقيام عن المجلس كقوله انت طالق
ان شئت فانه يقتصر على وجود الدشية فى المجلس حتى
يبطل بقيامها عن المجلس * وفى الجامع الصغير التمرتاشى
رحمه الله والواحد يتولى طرفى الحلع اذا سمي البديل * وعن
محمد رحمه الله بلا تسمية ايضا لان الحقوق لا ترجع اليه عوجه
الظاهر ان الحلع لا يجب فيه البديل بلا تسمية ويحتاج فيه الى
طلب الزيادة والنقصان والواحد لا يصح مستزيدا ومستقصا
بلا مسمى وفى السبى لاجابة الى ذلك وما قالوا ان الواحد
لا يصح فضوليا من الجانبين فيما اذا تكلم الفضولى بكلام
واحد بان قال الفضولى زوجت فلانة من فلان اما اذا تكلم
بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت منه يتوقف
بالاجماع كذا فى شرح الكافي **قوله** لم تلزمه واحدة
منها وعن ابى يوسف رحمه الله لا يصح نكاح احديهما ان
لم يكن بينهما محرمة واليه البيان كما لو طلق احدى امرأته
ولومات قبل البيان فالهوى والميراث بينهما وعليها عنة
الوفاة * وجه المشهور ان تصحيح النكاح فى المجهول
تعليق بالبيان وانه لا يصح بخلاف الطلاق لانه يحتمل التعليق
قوله وعدم التهمة لان الامة لغير الزوج والضرورة
لانه ليس تحتهمرة **قوله** فلنا العرف مشترك لان الاشراف
كما يتزوجون الشريقات يتزوجون المعتقات والامام فلا
يصح مقيدا لانه حينئذ يقع التعارض فبقى الاطلاق *

او هو عرف عملي فلا يصح مقيدا وذكر في الوكاله ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو

باب المهر

قال (ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا) لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها ما بينا * وفيه خلاف مالك (واقل المهر عشرة دراهم) وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فكون التقدير اليها * ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بها له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمي اقل من عشرة فلها العشرة) عندنا * وقال زفر لها مهر المثل لان تسمية ما لا يصح مهرا كانهما * ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بها دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتملك من غير عوض تكرا ولا ترضى فيه بالعوض اليسير (ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة) عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا (ومن سمي مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها) لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه (وان طلقها قبل الدخول بها والحلوة فلها نصف المسمى) لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآيه * والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص * وشرط ان يكون قبل الحلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال (وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها

قوله او هو عرف عملي فلا يصح مقيدا وهذا لان المتعارف ان لا يتزوج الشريف الامة اما لا عرف في ان مثله لا يسمى تزوجا او غير الكفو لا يسمى امرأة والاطلاق صفة اللفظ والعقد يرد عليه فلا بد ان يكون لفظا الاترى انه لو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم خنزير او آدمى حنث مع انه غير معتاد فعلا لانه لحم قوله ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز بالاجماع فانه معتاد الاترى ان النبي عليه السلام تزوج عاتشة رضى الله عنها وهي بنت ست سنين * فان قيل اذا وكل بشراء الفعم يتقيد بالثمن وبشراء الجمد يتقيد بالصيف * قلنا فيه منع ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في كتاب البيوع

باب المهر

قوله ثم المهر واجب شرعا * فان قيل لو زوج امته من عبده لا يجب المهر كذا ذكره في المحيط فعلم ان النكاح بلا مال جائز * قلنا قد قيل بانه يجب ثم يسقط ومن قال انه لا يجب اصلا لانه لافائدة في ايجابه او نقول بان النص يتناول الاحرار بدليل السياق والسباق قوله وفيه خلاف مالك رحمه الله فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها فان هذا النكاح لا يجوز عنده * فان قيل النكاح عقد معاوضة يفتقر الى المهر كالبيع يفتقر الى الثمن ثم نفي الثمن يفسد البيع فنفي المهر ينبغى ان يفسد النكاح * قلنا الثمن عوض اصلي في البيع لاقتضائه الثمن لغة وشرعا اذ هو لغة تملك شيء بشئ * وشرعا تملك مال بهال فتترك تسميته يفسده كترك تسمية احد الزوجين واما المهر فليس بعوض اصلي لان النكاح لغة لا يقتضيه لانه ينبغى عن الازدواج وذو الصيرورة كل زوجا لصاحبه وانما وجب شرعا اظهارا لخطر المحل فوفرتنا على الشبهين حظه فمن حيث انه ليس بعوض اصلي لا يفسد النكاح بعديه وفيه ومن حيث انه عوض شرعا لا يتعقد بدونه قوله واقل المهر عشرة دراهم لقوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة وغير الدراهم لم يتقيد بالعشرة فتعينت الدراهم ضرورة قوله لانه حق الشرع وجوبا لقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم فهذا النص يقتضى ان صاحب الشرع هو المتولى للايجاب والتقدير وان تقدير العبد امتثال فمن جعل الى العبد اختيارا لا يجب وترك التقدير كان رادا له قوله والاقيسة متعارضة جواب سؤال وهو ان يقال ينبغى ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فينبغى ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم اقالا * فاجاب عنه وقال ان هنا قياسا آخر يقتضى وجوب كل البدل لان الطلاق يشبه الاعتاق ويبيع ما اشترى لانه فاطع للملك ومنه له بتصرف ملك بالنكاح فهذا الوجه يوجب تأكد جميع البدل فعلم ان القياسين متعارضا * ولا يقال القياسان اذا تعارضا يعمل باحدهما بشهادة القلب فكيف تركا * ولا يقال ايضا النص مقدم على القياس وقوله والاقيسة متعارضة فكان المرجع فيه النص يومه تقدم القياس عليه * قلنا هذا النص دخل فيه الخصوص كما اذا سمي الخمر او الخنزير واذا ثبت الخصوص كان القياس مقدا عليه فجاز ان يعارضه القياس وهو ان لا يجب عليه شئ الا ان القياسين لما تعارضا لم يثبت الخصوص فيما وراءه المخصوص واذا لم يثبت الخصوص بالقياس يجب عليه نصف المسمى عملا بالنص قوله ففيه تفويت الزوج الملك ببيان التعارض فالتفويت يقتضى وجوب كل المهر كالمشترى اذا اتلف المبيع قبل القبض قوله وفيه عود المعقود عليه اليها سالما يقتضى عدم وجوب شئ في المهر كما في الاقالة والفسخ بخيار رؤية او شرط *

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 وجوباً حق الشرع على مامر وانما يصير حقها 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 رجوعاً الى الامر * وفيه خلاف مالك رحمه الله تعالى (والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة) وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملاً بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره * ثم هي لا تزداد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل (وان تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) وعلى قول ابي يوسف رحمه الله الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه مفروض فيتنصف بالنص * ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته * والمراد بها تلي الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف قال (وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة) خلافاً لرفر رحمه الله وسنذكره في زيادة الثمن والمثل ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول * وعلى قول ابي يوسف رحمه الله اولاً يتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعند المفروض بعده كالمفروض فيه على مامر (وان حظت عنه من مهرها صح الحط) لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء (واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطئ ثم طلقها فلها كمال المهر) وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفياً بالوطئ فلا يتأكد المهر دونه * ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البديل اعتباراً بالبيع (وان كان احدهما مريضاً او صائماً في رمضان او محرماً بحج فرض او نفل او بعمره او كانت حائضاً فليست الخلوّة صحيحة) حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او ياتحق به ضرر وقيل مرضه لا يعرّى عن تكسر وقتور

قوله ان دخل بها او مات عنها وكذلك ان ماتت المرأة قوله واكثرهم اى اكثر اصحاب الشافعي رحمه الله قوله ولنا ان المهر وجوباً حق الشرع * وذكر في المحيط وفي المهر حقوق ثلاثة حق الشرع وهو ان لا يكون اقل من عشرة وحق الاولياء وهو ان لا يكون اقل من مهر مثلها وحق المرأة وهو كونه ملكاً لها غير ان حق الشرع وحق الاولياء يعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء قوله فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن وانما قلنا ان هذه المتعة مخصوصة بهذه الصورة لسباق الآية وهو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن قيل اوبعنى الواو اى وما لم تفرضوا قوله ثم هذه المتعة واجبة قوله هذه احتراز عن المتعة المستحبة وهي فيما اذا طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهراً قوله وفيه خلاف مالك رحمه الله فعنده مستحبة لان الله تعالى قال حقا على المحسنين والمحسن اسم للمتطوع * قلنا قد فسر الاحسان بالايمان قوله ثلاثة اثواب من كسوة مثلها على قدر فقر الرجل ويساره وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما * وقالوا في ديارهم فاما في ديارنا فينبغي ان يجب اكثر من ذلك لان متعتها ان يكون ثياب بدنها عادة والنساء في ديارنا يلبسن اكثر من ثلاثة اثواب فيزداد على ذلك ازار ومكعب وكان الكرخي رحمه الله يقول المعتبر المتعة المستحبة حال الرجل وفي المتعة الواجبة يعتبر حالها لانها خلف عن مهر المثل وفي مهر المثل يعتبر حالها فكذا في خلفه والصحيح انه يعتبر حاله لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره اى على الغني بقدر ماله وعلى المقل بقدر ماله * ثم لا يزداد على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم لان المتعة وجبت عوضاً عن البضع وكل العوض لا يجوز ان يكون اقل من عشرة فنصف العوض لا يجوز ايضاً ان يكون اقل من خمسة * وذكر في شرح الطحاوى والمتعة ثلاثة اثواب على اعتبار حالها فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطاً فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم قوله تعيين للموجب وهذا لان الواجب الاصلى في النكاح مهر المثل والتسمية بعد العقد تعيين لقدر ذلك الواجب ولهذا اكتفى بهذا المسمى اذا دخل بها او مات عنها فلو كان المسمى بعد العقد غير ماوجب بالعقد لوجب عليه المسمى ومهر المثل ايضاً واذا قامت التسمية مقام مهر المثل ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما قام مقامه قوله والمراد بباتلى الفرض في العقد هو جواب عما يقال قولكم مهر المثل لم يتنصف فكذا ما نزل منزلة هذا عمل بالرأى على مخالفة النص فاجاب بان المراد بالنص المفروض في العقد لا بعده فلم يكن هذا الرأى مخالفاً للنص وانما لم يتنصف المتعة لان التنصيف ثبت بخلاف القياس عند وجود المسمى في العقد فيبقى ما وراءه على اصل القياس قوله واذا خلا الرجل بامرأته ثم طلقها فلها كمال مهرها * وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لانه طلاق قبل المس فيتنصف بالنص * ولنا قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوّة اذ الانفصاء عبارة عن الخلوّة * ومنه سمي المكان الخالي فضاء والمس ليس يوطئ حقيقة وانما حمله على الوطئ لانه سببه فاطلق اسم السبب على المسبب وحملنا على الخلوّة لانه لا يمس امرأته عادة الا في الخلوّة فكان اطلاق اصل الملزوم على اللزوم او السبب على المسبب اذ الخلوّة الصحيحة سبب المس ظاهر * وما ذكرنا اولاً لتأييد

بالنص وبقوله عليه السلام من كشف خمار امرأته ثم طلقها وجب عليه المهر كاملا * وقد حكى الطحاوي رحمه الله اجماع الصحابة في هذه المسئلة وعن الخلفاء الراشدين ان من اغلق بابا على امرأته او ارخى سترا ثم طلقها وجب لها الصداق كاملا قوله وهذا التفصيل في مرضه وفي الذخيرة والحاصل ان المرض في جانبها متنوع بالاخلاف واما المرض من جانبها فقد قيل انه ايضا متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد رحمه الله هو الصحيح قوله وهذا القول في حق المهر هو الصحيح لان في العمل بهذه الرواية رعاية حق المرأة وفي العمل بالرواية الاخرى رعاية حق الله تعالى وحق العبد مقدم على حق الله تعالى لاحتياجنا وغنى الله تعالى حتى قلنا باباحة الافطار لا يمنع صحة الخلوة وفي الفتوى لا يباح * فان قيل ينبغي ان لا يلزم كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الانسداد فلا يكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان * قلنا لزوم القضاء في التطوع عندنا لضرورة صيانة المولى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فيظهر ذلك في حق الصائم خاصة بالقضاء فلا يعيدو الي غيره حتى تفسد الخلوة بخلاف صوم قضاء رمضان فان فرض مطلقا فكان اثره عاما * وفي الذخيرة الاحكام التي اقاموا الخلوة فيها مقام الوطى * تأكيد جميع المسمى ان كان في العقد تسمية وتأكد مهر المثل ان لم يكن في العقد تسمية وثبوت النسب ووجوب العدة ووجوب النفقة والسكنى في هذه العدة وحرمة نكاح اختها مادامت العدة قائمة وحرمة نكاح اربع سواها وحرمة نكاح الامة عليها على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله في حرمة نكاح الامة على الحرمة في العدة عن طلاق بائن ومراعاة وقت وقوع الطلاق في حقها واما الاحكام التي ما قاموا الخلوة فيها مقام الوطى * فالاحصان حتى لا يصير محصنا بالخلوة وحرمة البنات والاحلال للزوج الاول والرجعة والميراث حتى لو طلقها ثم مات وهي في العدة لاثرت واما وقوع طلاق آخر في هذه العدة فقد قيل لا يقع وقيل يقع وهو اقرب الى الصواب لان الاحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب القول بالوقوع احتياطا * ثم هذا الطلاق يكون رجعيا او بائنا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله انه يكون بائنا والعدة حق الشرع والولد حتى لا يصير الولد هالكا قوله وعليها في جميع هذه المسائل اي عند صحة الخلوة وفسادها بالبنوان المذكورة احتياطا لتوهم الشغل مع تحقق هذه البنوان نظرا الى التمكن الحقيقي والعدة تجب حقا للشرع والولد لصيانة الولد عن الاشتباه ولو اذن لها الزوج لا يحل لها الخروج فيحتاط فيها اذا وقع الشك في الوجوب ولا تصدق في ابطال حقها بخلاف المهر لان المال لا يجب بالشك فلا يجب اذا لم تصح الخلوة * فان قيل التوهم معدوم في فصل الجب * قلنا شغل رحمها ببائنه موهم بالسحق ولهذا ثبت النسب اذا جاءت بولد على رواية ابي سليمان فتوهم الشغل بالسحق يوجب العدة وانتفاؤه لعدم الوطى حقيقة يمنع فيجب احتياطا قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمي لها مهرا * وهذا الشكل في الاستثناء وفي الصدر اما في الاستثناء فلان حكم المستثنى لا بد ان يكون مخالفا للمستثنى منه ولم يوجد اذا الاستحباب ثابت في المستثنى كما في المستثنى منه فقد ذكر في البسوط والبحيط والحصر والمختلق ان المتعة تستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا واما في الصدر فلان المتعة تجب للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا كما مر قبل هذا * ويجاب عن الاول بانه اتبع القدوري وهو قد ذكر في شرحه ان المتعة لا تستحب للتي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا ولانه من نفي الاستحباب اراد الاستحباب الناشىء من دفع وحشة الفراق وهو معدوم في المستثنى لان نصف المهر يجب بطريق المتعة اذا الطلاق فسح في هذه الحالة فقد حصل الاستحباب الناشىء من دفع وحشة الطلاق بنصف المهر ومن اثبت اراد به الاسان الى من عجز عن التكسب وذا مندوب فظهرت المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه * وعن الثاني بانه اجري لفظ الاستحباب على العموم واراد به حقيقة في البعض وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهرا والمجاز اي الوجوب في البعض وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا اذا في الوجوب استحباب وزيادة وهذا واضع عند مشايخ العراق لتجويزهم الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل او يقال اراد بقوله لكل مطلقة غير التي تجب لها المتعة لانه بين حكمها سابقا فدل سبق ذكرها على انه اراد بهذا العموم غيرها كيلا يلزم التكرار في البعض او التناقض * وذكر الامام بدر الدين الكردي رحمه الله وحاصله ان المطلقات اربعة مطلقة قبل الدخول بلا تسمية وهي التي تجب لها المتعة ومطلقة بعد الدخول وقد سمي لها مهرا ومطلقة بعد الدخول ولم يسم لها مهرا فتستحب المتعة لهما ومطلقة قبل الدخول مع التسمية وهي التي لا تستحب لها المتعة ولا تجب على اختيار القدوري وصاحب التحفة قوله والخلف لا يجمع الاصل اي لا يجمعها وجوبا وانما يجمعها استحبابا لانها مبرة واحسان فلم يجب مع وجوب كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية

وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعيا وشرعا (وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله) لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في حق المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالنطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونقلها كنقله واذا خلا المجهوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العين لان الحكم اذير على سلامة الآلة * ولا يبي حنيفة 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 * وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول لها وقد سمي لها مهرا) وقال الشافعي تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المنعة لان الطلاق فسح 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 يجمع الاصل

(ولاشيئا)

في هذه الحالة فقد حصل الاستحباب الناشىء من دفع وحشة الفراق وهو معدوم في المستثنى لان نصف المهر يجب بطريق المتعة اذا الطلاق فسح في هذه الحالة فقد حصل الاستحباب الناشىء من دفع وحشة الطلاق بنصف المهر ومن اثبت اراد به الاسان الى من عجز عن التكسب وذا مندوب فظهرت المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه * وعن الثاني بانه اجري لفظ الاستحباب على العموم واراد به حقيقة في البعض وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهرا والمجاز اي الوجوب في البعض وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا اذا في الوجوب استحباب وزيادة وهذا واضع عند مشايخ العراق لتجويزهم الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل او يقال اراد بقوله لكل مطلقة غير التي تجب لها المتعة لانه بين حكمها سابقا فدل سبق ذكرها على انه اراد بهذا العموم غيرها كيلا يلزم التكرار في البعض او التناقض * وذكر الامام بدر الدين الكردي رحمه الله وحاصله ان المطلقات اربعة مطلقة قبل الدخول بلا تسمية وهي التي تجب لها المتعة ومطلقة بعد الدخول وقد سمي لها مهرا ومطلقة بعد الدخول ولم يسم لها مهرا فتستحب المتعة لهما ومطلقة قبل الدخول مع التسمية وهي التي لا تستحب لها المتعة ولا تجب على اختيار القدوري وصاحب التحفة قوله والخلف لا يجمع الاصل اي لا يجمعها وجوبا وانما يجمعها استحبابا لانها مبرة واحسان فلم يجب مع وجوب كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية

قوله ولا شيئاً منه ولا غير جان
 في الإباحش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل
 (وإذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه الآخر بنته أو اخته
 يكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان
 ولكل واحدة منهما مهر مثلها) وقال الشافعي عليه بطل
 العقدان لانه جعل نصف البضع صداقاً والنصف منكوحة
 ولا اشترك في هذا الباب فبطل الايجاب * ولنا انه سمي ما
 لا يصلح صداقاً فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمي
 الحمر أو الخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق
 (وان تزوج حر امرأة على خدمته اياها سنة او على تعليم
 القرآن فلهامهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج
 عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته)
 وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما
 يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصح مهراً عنده لان بذلك
 تتحقق المعاوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر
 او على رعي الزوج غنمها * ولنا ان المشروع انما
 هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على
 اصلنا وخدمة العبد ابتغاءً بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك
 الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح
 لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه
 لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث
 يخدمها باذنه وبامرهم وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب
 القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية *
 ثم على قول محمد يجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه
 عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على
 عبد الغير * وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب مهر المثل
 لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه مجال فصار كتسمية
 الحمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم
 يجب تسليمه بالعقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للاصل
 وهو مهر المثل (فان تزوجها على الف فقبضتها وهبتها
 له ثم طلقها قبل الدخول بها رجوع عليها بخمسمائة)
 لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجب لانه الدرهم
 والدنانير لاتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر
 مكيلاً او موزوناً او شيئاً آخر في الذمة لعدم تعيينها (فان لم
 تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم
 يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء) وفي القياس يرجع
 عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالبراءة
 فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول * وجه الاستحسان
 انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة
 ذمته عن نصف المهر

قوله ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود لان الاسباب غير مطلوبة لنواتها بل لاحكامها كمن قال لاخر لك على الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال المقر له الجارية جاريتك ولي عليك الف لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية * ولا يقال ان اختلاف الاسباب ينزل منزلة اختلاف الاعيان كما في قصة بريدة لان ذا بالنظر الى غير العاقدين كما في قصة بريدة واما بالنظر اليهما فلا ينزل منزلة اختلاف الاعيان ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى عبدا بالف فحط البائع عشر الثمن ثم وجد به عيبا ينقص عشر الثمن فانه يرجع بنقصان العيب وان حصل هذا بالخط لان موجب الرد بالعيب سقوط بعض الثمن وهذا لا يحصل بالخط لان العشر خرج من كونه ثمنا لالتحاقه باصل العقد فكان العقد واقعا على ما وراءه * فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا قال الرجل لاخر بعثني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لايجل له وطئها لاختلاف السبب مع ان المقصود قد حصل لان كل واحد من السببين اعنى الشرى او التزوج يثبت حل الوطى * قلنا هناك اختلاف السبب والحكم جميعا * اما السبب فظاهر لما ان الشرى غير التزوج * واما الحكم فان ملك اليمين يغير ملك النكاح حكما لان النكاح يثبت الحل مقصودا والبيع لا يثبت له ولو اثبتته لا يكون مقصودا وهما لا يجتمعان فعند الاختلاف لم يثبت واحد منهما يقينا فصار كأنهما لم يثبتا اصلا للتدافع في الحكم فلم يثبت الحل لما ان الموضوع موضع الاحتياط واما فينا نحن بصدده فحكم السببين واحد لان كل واحد منهما يثبت الملك مقصودا وفي كل منهما وصول ما يستحقه الزوج اليه **قوله** اعتبارا للبعض بالكل فانها لو لم تقبض شيئا حتى وهبت الكل لا يرجع عليها بشيء ولو قبضت الكل وهبت الكل منه يرجع عليها بنصف الف فاذا قبضت النصف يرجع عليها بنصف ما قبضت **قوله** والخط لا يلتحق باصل العقد الا ترى ان من تزوج امرأة على عشرين درهما فوهبت له خمسة عشر منه لا يجب العشرة ولو التحق الخط باصل العقد لصار كأنه تزوجها على خمسة ولو تزوجها على خمسة تجب عشرة ولو حطت النصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم يتنصف الباقي فعلم بهذا ان الخط غير ملتحق باصل العقد وهذا لان النكاح ليس بعقد المعاوضة وهذا معاوضة ومبادلة مال بهال فلم يجب فيه اسناد الابراء والخط الى اصل العقد مع امكان التحقيق في الحال **قوله** فعنده يرجع عليها الى تمام النصف * صورته ما اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما المعتبر هو المقبوض فصار كأنه تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة درهم **قوله** ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة اى على نوع من الحيوان غير موصوف بان قال على فرس او حمار او تزوجها على ثوب هروى او مروى فذلك الجواب اى لم يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد اذ الاصل في العرض والحيوان العينية وثبوته في الذمة على خلاف القياس للضرورة لما فيه من الجهالة ولكنها تحملت في النكاح لانه تسامح فيه عادة فاذا تعين بالقبض صار كأنه هو الذى ورد عليه العقد فتعين بالرد ولا كذلك المكيل او الموزون لانه يثبت في الذمة ثبوتا اصليا اذا صار موصوفا كالدرهم والدنانير فكان ملحقا بهما والحكم فيهما ان لا يتعين المقبوض بالرد

ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقال يرجع عليها بنصف ما قبضت) اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولا يى حنيفة ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلاعوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والخط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا يلتحق حتى لا تنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف قبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض (ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره * وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينيا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببديل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين فيه بصير كان التسمية وقعت عليه (واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى) لانه صالح مهرا وقد تم رضاها به (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 العكرامة 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 يزداد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة وقال الشرطان جميعا جائز ان) 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 يزداد على الفين * واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبيها

قوله كما في تسمية العكرامة اى كما اذا تزوجها على ان يكرهها ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما تتعم بها (فيه)

قوله والهدية بان يرسل اليها الثياب الفاخرة مثلا مع الالف وقال زفر رحمه الله ان شرط لها مع الالف ما هو مال كالهدية فالجواب كذلك وان شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذلك يتقوم ببيع التسليم اذا شرط لها في العقد فاما الطلاق ونحوه فلا يتقوم بالاتلاف فكذلك لا يتقوم ببيع التسليم ولكن لا انوجب التسليم باعتبار تقوم ما شرط لها وانما كان لانعدام رضاها -

فيه ان شاء الله تعالى (ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما او كس والآخر ارفع فان كان مهر مثلها اقل من او كسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارتفاع وان كان بينهما فلها مهر مثلها) وهذا عند ابي حنيفة وقالوا 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 فصار كالتلح والاعتاق على مال * ولا يحنيفة ان الموجب الاصلى مهر المثل اذ هو الاعدل والعدل عند عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف التلح والاعتاق لانه لا موجب له في البديل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارتفاع فالمرأة رضية بالخط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضى بالزيادة والواجب بالطلاق قبل الدخول في مثل المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة (واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صححت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاهما ذلك وان شاء اعطاهما قيمته) قال رضى الله عنه * معنى هذه المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل * وقال الشافعى يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصاح ثمنا في البيع لا يصاح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه مال معاوضة بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقرار بشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسط له لاختلاف معانى الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المساحة * 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 ذكر الثوب ولم يزد عليه) ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمي جنسا بان قال هرورى تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا

بالاق بدون المنفعة المشروطة كذا في المبسوط * وذكر في الجامع الصغير التمر تاشى رحمه الله تزوجها على الف ان لم يخرجها من البلد وعلى الفين ان اخرجها او على الف ان لم تكن له امرأة وعلى الفين ان كانت له امرأة او على الف ان كانت عجمية وعلى الفين ان كانت عربية او على الف ان كانت ثيبا وعلى الفين ان كانت بكرًا فالشرط الاول صحيح عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى والثاني فاسد * ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الاقل فان دخل بها فان وفى لها بالشرط فلها الاقل والا فمهر المثل لا يجاوز به عن الفين ولا ينقص عن الف * وقال الشرطان جائزان * وقال زفر رحمه الله فاسدان لان كل واحد منهما معلق بخطر * ولهما انه عقد عقدين وخير نفسه في احدهما وله ان الاول لا خطر فيه فانه لو اقتصر عليه صح والثاني فيه خطر لانه يتعلق بانفساخ الاول * وعن الدبوسى وغيره لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة وعلى الفين ان كانت جميلة يصحح بالاجماع لانه لا خطر في التسمية الثانية لان المرأة على صفة واحدة اما قبيحة واما جميلة لكن الزوج لا يعرف وجهه لا يوجب الخطر * قال رضى الله عنه في نوادر ابن سملة عن محمد رحمه الله نص على الخلاف قوله فلها الاوكس في ذلك كله بالاجماع عندهما لا يشك وكذلك عنده لان مهر المثل لا يعتبر بعد الطلاق قبل الدخول فيجب ما هو المتيقن ونصف الاوكس متيقن وهو فوق المتعة ظاهرا قوله وصار كالتلح والاعتاق على مال اى بهذا الطريق الذى ذكرنا بان خالع او اعتق على الف او الفين على هذا العبد او على هذا العبد قوله ان الموجب الاصلى مهر المثل كالقيمة في باب البيع قوله اذ هو الاعدل اى مهر المثل هو الاعدل لانه لا يجرى الزيادة فيه والنقصان قوله ان يسمى جنس الحيوان اى نوعه قوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال لان منافع البضع ليست بمال بديل انه لا يصح امهارة ولا تبطله الشروط الفاسدة والحيوان يثبت دينا في الدية في مبادلة مال بما ليس بمال الا ترى انه وجب في الدية مائة من الابل شرعا وصفتها جهولة فكذا ثبت شرطا وجعله كانه مال يلتزمه ابتداء والجهالة المستمرة لا تمنع صحة التزام المال ابتداء كمال الاقرار فان من اقرب شىء اوعبد لرجل صح واليه البيان وانما لا ينصرف الى الوسط لان المقربه عينه ليس بعوض وعين المهر هنا عوض وان كان باعتبار صفة المالية التزام المال ابتداء فلكونه عوضا صرفناه الى الوسط لان المقربه عينه ليس بعوض وعين المهر هنا لا يعتدل النظر من الجانبين لان الوسط ذو حظ منهما ولكونه ما لا يلزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قوله ويخير الزوج لما بينا وهو قوله لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة قوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب اى يغير الزوج اى بعد ما سمي جنسه بان قال ثوب هرورى وبين عرضه وطوله بحيث لو اسلم فيه يجوز السلم فيتخير الزوج ايضا في ظاهر الرواية وفي رواية لا يخير لانه يصير بمنزلة العين ولا يخير في العين

قوله فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز وعلى قول مالك رحمه الله النكاح فاسد قياسا على البيع ولكن نقول هما شرطا قبول الخمر وهو شرط فاسد الا ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا فاذا بطلت صار كانه لم يسم له عوضا فكان لها مهر مثلها وكذا نقول في البيع يصير كانه لم يسم ثمنا والبيع يفسد عند عدم التسمية * وذكر في الايضاح وعقد النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع والفقه فيه هو ان الشرط الفاسد في البيع يصير ربوا والربوا حرام بنص الكتاب ولا ربوا في باب النكاح فلم يؤثر الشرط في كنه العقد فيبقى الركن صحيحا ولغا الشرط **قوله** فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وذلك لان التسمية واقعة على المشار اليه لانه قال تزوجتك على هذا فبقى اشكال وهو انه سماه بغير اسمه لكن بهذا لا يمتنع انصراف التسمية اليه لان الشيء قد يسمى باسم مجازا كما يسمى باسم حقيقته الا ترى ان من قال لامرأته هذه الكلبة طالق او قال لعبده هذا الحمار حر فانه يعتق وتطلق ولو امتنعت الاضافة اليه تسمية باسم غيره لما وقع الطلاق والعتاق وانما لا يمتنع لان التسمية تحتل المجاز وما الاشارة فلا تختمه فلا يستقيم ان تجعل الاشارة الى عين الاشارة الى غيره اما اطلاق اسم عين يجوز على عين آخر مجازا لان الاشارة الى شيء بمنزلة وضع اليد على ذلك الشيء فلا يتصور ان يكون الوضع على شيء وضعا على شيء آخر فيتعلق الحكم بالمشار اليه ضرورة والمشار اليه ليس بمال فيجب مهر المثل الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله **قوله** والوصف يتبعه اي في الاستحقاق كذا في الاسرار **قوله** ومحمد رحمه الله يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق بالعقد بالمشار اليه فان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى هذا الاصل مجمع عليه انما البيان في التخريج على هذا الاصل فابو يوسف رحمه الله يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال متقوم يصلح صداقا والاخر لا يتعلق الحكم بالمسمى وهو مال فصارت الاشارة لبيان وصف المسمى كانه قال عبد مثل هذا في الوصف وكذا في الخل ومحمد رحمه الله يقول اختلاف الجنس باختلاف معنى الذات وذا لا يفترق في الحر والعبد اذ منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبرا جنسا واحدا فكانت العبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فصار كانه قال تزوجتك على هذا اوسكت فاما الخل مع الخمر فجنسان مختلفان اذ المطلوب من الخل معلوم والمطلوب من الخمر معنى الاطراب فاذا كانا جنسين صار الحكم كما قال ابو يوسف رحمه الله * وابو حنيفة رحمه الله يقول اختلاف الجنس لا يتحقق الا بتبدل المعنى والصورة لان كل موجود من الحوادث موجود بصورته ومعناه فلا يأخذ الدنان حكم الجنسين المختلفين الا اذا اختلفا صورة ومعنى وصورة الخمر والخل متعددة وكذا صورة الحر والعبد واذا لم يثبت اختلاف الجنس باختلاف المعاني لوجود الاتحاد صورة كان المشار اليه من جنس المسمى فكانت العبرة للاشارة في الفصلين فصار كانه تزوجها على حر او خمر او مائة فيجب مهر المثل * وابو يوسف رحمه الله خالف اصله فيما اذا كان المشار اليه يصلح مهرا كما اذا تزوجها على هذا الدين من الخمر فاذا

كتاب النكاح (٢٦)

باب المهر

سمى مكبلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمي جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منها يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا **(وان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها)** لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشرط الفاسد لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل **(فان تزوج امرأة على هذا الدين من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة وقالوا لها مثل وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة)** لابي يوسف انه اطعمها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رحمه الله يقول اجتهدت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رحمه الله يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق بالعقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار اليه وليس يتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف في الماهية والاشارة تعرف في الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس * ولو اشترى على انه ياقوت امر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلته التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد

(فان)

هي خل او على هذه الميتة فاذا هي ذكية وقال جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احدهما وبطلت الاخرى اعتبرت الصحيحة في الفصلين تعاديا عن المصير الى مهر المثل لانه ضروري عنده لا يصر اليه الا عند التعذر ولان اعتبار التسمية حال صحتها لا يدل على اعتبارها حال فسادها وابو حنيفة يقول فيما روى ابو يوسف رحمه الله ان لها المشار اليه لانه من جنس المسمى وهذه الرواية اصح كذا حكى شمس الاثمة السرخسي وفي رواية محمد رحمه الله عنه وقد عول عليه البعض ان لها مهر مثلها لان الموجب الاصل هو مهر المثل والتسمية اقوى من حيث انها تعرف المعنى والاشارة تعرف الصورة لكن الاشارة اقوى من حيث انها تقطع الشركة ولا تختم المجاز بخلاف التسمية ففيما اذا كان المشار اليه لا يصلح مهرا رجعت الاشارة وفيما اذا كان يصلح مهرا رجعت التسمية رعاية للموجب الاصل وهو مهر المثل في الفصلين *

(فان تزوجها على هذين العبدین فاذا احدهما
 حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي
 حنيفة) لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل بمنع وجوب
 مهر المثل (وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر عبدا) لانه
 اطعمها سلامة العبدین وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته
 (وقال محمد) وهو رواية عن ابي حنيفة (لها العبد الباقي
 وتماز مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد)
 لانها لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما
 عبدا يجب العبد وتماز مهر المثل (واذا فرق القاضي بين
 الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها)
 لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء
 منافع البضع (وكذا بعد الخلوة) لان الخلوة فيه لا يثبت
 بها التمكّن فلا تقام مقام الوطء (فان دخل بها فلها مهر مثلها
 لايزاد على المسمى) عندنا خلافا لزر فر هو يعتبره بالبيع
 الفاسد * ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية
 فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية
 وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف
 البيع لانه مال متقوم في نفسه فينقدر بدله بقيمته (وعليها
 العدة) الحافا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحريزا
 عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق لامن
 آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها
 بالتفريق (ويثبت نسب ولدها) لان النسب يحتاط في اثباته
 امباء للولد فيترتب على الثابت من وجهه 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 رضی الله عنه لها مهر مثل نساءها لاوكس فيه ولا
 شططوهن 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 فيثبت باعتبار بهرها 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

قوله فان تزوجها على هذين العبدین فاذا
 احدهما حر فليس لها الا الباقي وهذه المسئلة مبينة
 على ما مهدناه من الاصل * ووجهه ان عند ابي
 حنيفة رحمه الله تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغوحتي
 وجب لها مهر المثل كانه لم يسم شيئا فهنا يكون تسمية
 العبد عند الاشارة الى الحر تكون لغوا ايضا فاذا لغت تسمية
 العبد الثاني صار كانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك
 ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان * وعند ابي يوسف
 رحمه الله تسمية العبد معتبرة وان اشار الى الحر فاعتبر
 تسمية العبدین هنا لكنه عجز عن تسليم احدهما فيجب
 قيمته * ومحمد رحمه الله يقول الامر كما قال ابو حنيفة رحمه
 الله ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغوا لكنها ما رضيت
 بان يمتلك بعضها بعبد فيجب البصير الى مهر مثلها دفعا
 للضرر عنها * فان قيل يشكل على هذا ما اذا تزوج امرأة على
 النى وعلى ان يعتق اباها ثم لم يبق بالشرط فلها الالف
 الى تمام مهر مثلها فعلم بهذا ان وجوب نصف المسمى لا يمنع
 وجوب مهر المثل * قلنا ان المرأة انما رضيت بالالف بشرط
 وفاء ما قرن به وهو عتق ابيها فاذا لم يصل ذلك الشروط
 اليها صار كان التسمية لم توجد فيجب مهر المثل واما العبد
 الباقي في هذه الصورة فقد رضيت به معنى وذلك لانه لما
 ظهر ان احدهما حر صار كانه تزوجها ابتداء على حر وعبد
 فلو كان كذلك لا يجب مهر المثل كذا هنا ولان المرأة يلزمها
 الضرر الكثير هناك ان لم يكمل مهر المثل لعدم امكان
 توفيقها عنه فكانت مغرورة بشرط الزوج فيجب عليه دفع
 الغرور بتكميل مهر المثل * وفيما نحن بصدده يمكن
 التعرف عن حال كل واحد من المشر اليهما قبل النكاح فلو
 لزمها بتفريط كان منها فكان الضرر اخف **قوله** وكذا
 بعد الخلوة اى لا يجب المهر بعد الخلوة الصحيحة لانه لا يثبت
 بها التمكّن فصار كخلوة الحايض وهذا معنى قولهم الخلوة
 الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح
قوله خلافا لزر فر عنده يجب مهر المثل بالغنا ما بلغ لان
 الواجب عند فساد العقد يدل المتلقى الا ترى ان المقبوض
 بالشراء الفاسد مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت فكذا المستوفى
 بالنكاح الفاسد **قوله** لعدم صحة التسمية لانها بناء على
 العقد وقد فسد العقد فيفسد ما بنى عليه **قوله** وعليها العدة
 اى في التفريق بعد الدخول كذا في المتاركة ويعتبر ابتداءها
 من وقت التفريق * وقال زفر رحمه الله من آخر وطئ وطئها
 لان وجوب العدة بسبب الوطئ فيعتبر آخر الوطئات
 حتى لو حاضت بعد الوطئ قبل التفريق ثلث حيض
 فقد انقضت العدة * ولنا ان السبب الموجب للعدة شبهة
 النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق الا ترى انه لو وطئها
 قبل التفريق لا يجب الحد وبعده يجب فلا تصير شارعة في
 العدة ما لم ترتفع الشبهة بالتفريق **قوله** ومهر مثلها
 يعتبر باخواتها اى التي من قبل ابيها * وقال ابن ابي ليلى
 يعتبر بامها وقوم امها كالحال **قوله** من اقارب الاب من
 تنمة قول ابن مسعود رضی الله عنه كذا في فوائده حميد الدين
قوله والدين اى الديانة

باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي
ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثبوت
(واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) لانه من اهل الالتزام
وقد اضاف الى ما يقبله فيصح (ثم المرأة بالخيار في مطالبتها
زوجها او وليها) اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي
اذا ادى على الزوج ان كان بامرهما كما هو الرسم في الكفالة
وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف
ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير
ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة
عليه والحقوق اليه ويصح ابرأؤه عند ابي حنيفة ومحمد ويملك
قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان بصير ضامنا لنفسه وولاية قبض
المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك
القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال (وللمرأة ان
تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها)
اي يسافر بها ليتعين حقها في البذل كما تعين حق الزوج
في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعه من السفر
والخروج من منزله وزياره اهلهما حتى يوفيهما المهر كله اي
المعجل منه لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء
قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها
لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف
وان دخل بها فذلك الجواب عند ابي حنيفة وقال ليس لها
ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى
لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنوننة لا يسقط حقها
في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوه بها برضاها
ويبتنى على هذا استحقات النفقة * لهما ان المعقود عليه كله
قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة او بالخلوة ولهذا يتأكد
بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع
وله انها منعت منه ما قابل البذل لان كل وطئة تصرف في
البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لظطره والتأكد
بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصح مزاحمة للمعلوم ثم اذا
وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا
بالكل كالعبد اذا جنى جنابة يدفع كله بها ثم اذا جنى جنابة اخرى
واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاهها مهرها نقلها الى حيث شاء
لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم *
وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان القرية تؤذى
وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق القرية

قوله باختلاف الدار اي البلد قوله واذا ضمن
الولي اي ولي المرأة قوله ويصح ابرأؤه اي
ابراؤ الولي المشتري وكذا الوصي وهذا اذا اخذ
او ابرأ ما هو واجب للصبي بعقدها وما اذا لم يكن واجبا
بعقدها لا يجوز بالاجماع قوله ويملك قبضه اي يملك
الولي قبض الثمن بعد بلوغ الصغير قوله وولاية قبض
المهر للاب بحكم الابوة * وهذا جواب سؤال مقدر بان يقال
ان الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض
الثمن فلو صح الضمان بصير ضامنا لنفسه فاجاب بان ولاية
قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد قوله
كما في البيع للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن
فكذا للمرأة حق حبس المعقود عليه في النكاح وهو منافع
البضع قوله لان حق الحبس لاستيفاء المستحق اي حق
حبس المرأة للزوج لاستيفاء المستحق بعقد النكاح وليس
له حق الاستيفاء قبل ايفاء المهر قوله لاسقاط حقها بالتأجيل
كما في البيع اذا كان الثمن مؤجلا ليس للبائع حق حبس
المبيع قوله ويبتنى على هذا استحقات النفقة اذا منعت
نفسها فعندها لها النفقة لانها ليست بناشرة لان الامتناع يحق
وعندها لا نفقة لها لانها ناشرة قوله لهما ان المعقود
عليه كله قد صار مسلما اليه المعقود عليه هنا في حكم العين
حتى لا يصح فيه التوقيت وقد صار مسلما بالوطئة الواحدة
برضاها وبالخلوة الصحيحة وبالمنع تصير مستردة والثابت لها
حق المنع عن التسليم لاحق الاسترداد بعد التسليم قوله
وله اي لابي حنيفة رحمه الله انها منعت منه ما قابل البذل
لوسلم البائع بعض المبيع الى المشتري لا يسقط حقه في
حبس ما بقي منه قوله لان الغريب يؤذى وفي الكافي
للعلامة النسفي رحمه الله وكثير من المشايخ على انه ليس
للزوج ان يسافر بها في زماننا وان اوفاهها المهر لان الغريب
موتهن ولكن ينقلها الى القرى اين احب لانه لا يتحقق
الغربة وعليه الفتوى وله ان ينقلها من القرية الى البصر
ومن القرية الى القرية

قوله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في البهر فهذه المسئلة على وجه اما ان اختلفا في حيوتها او بعد موتها اختلف ورثتها او بعد موت احدهما فان اختلفا في حيوتها فلا يغلو اما ان اختلفا قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان كان الاختلاف في اصل التسمية او لم يكن او في مقدار المسمى اما اذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى في حال قيام النكاح او بعد الفراق بعد الدخول او موت احدهما كان القول قول المرأة الى تمام مهر مثلها او ورثتها فالقول قول الزوج او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو كان الاختلاف في اصل المسمى وجب مهر المثل بالاجماع ولو كان الاختلاف بعد موتها في المقدار فالقول قول ورثة الزوج ولا يستثنى القليل وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حال الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره ولا يحكم مهر المثل عنده بعد موتها قوله ومعناه ما لا يتعارف مهر لها هو الصحيح وقال بعضهم ان يدعى ما دون العشرة والصحيح ان يدعى شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة بذلك المهر عادة لانا نجعل القول قوله بشهادة الظاهر له وقد ادعى خلاف الظاهر هنا فلم يصدق ودعوى اقل من عشرة دراهم كدعوى العشرة لانه لا يتجزى في باب النكاح وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله فاذا كان الدعوى ما دون العشرة كدعوى العشرة صار كانه ادعى العشرة وهي تدعى الالف فعلى قوله يكون القول قوله لان ما يدعيه ليس بقليل شرعا قوله والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فانه قال تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وهو ان يختلفا في الالف والالفين قوله وشرح قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان مهر المثل يجعل حكما عندهما فان شهد لاحدهما فالقول قوله مع يمينه فان قيل اذا اختلفا المتبايعان في الثمن وقيمة المبيع يشهد لاحدهما لا يعتبر قوله وان شهد له الظاهر فلنا القيمة لا يمكن اثباتها ثنا بطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بطلاق العقد فانترقا قوله وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا ادعى الزوج الالف ومهر المثل الى قوله وفي الوجه الثاني بينته وهو ما اذا كان مثلها الفين والمرأة تدعى ذلك لانه ثبتت الحط وهو خلاف الظاهر البينة بينة ما يثبت خلاف الظاهر قوله واذا حلفا يجب الف وخمسائة الف مسمى لا يجبر الزوج فيه وخمسائة باعتبار مهر المثل يجبر فيها الزوج ويجب ان يقرع بينهما في البداية لعدم الرجحان لاحدهما وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة قضى بالف مسمى وخمسائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا للتعارض ونص محمد رحمه الله في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المعنوي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا قال ثم اذا تحالفا يبدأ يمين الزوج لانه ابينهما انكرا وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة قوله وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان اولاً في الفصول الثلاثة وهي ان يكون مهر المثل شاهداً له اولها او يكون فوق ما يدعى الزوج ودون ما تدعيه المرأة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك لان ظهور المثل عند عدم التسمية وانما يثبت عدم التسمية بالتحالف لان ما يدعى كل واحد منهما ينتفى بيمين صلحته فسق نكاحا بلا تسمية فيكون موجب مهر المثل * ونوجه قول الرازي انه انما يصر الى التحالف اذا لم يمكن ترجيح قول احدهما على

(ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى 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) رحمهما الله (وقال ابو يوسف القول قوله قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشئ قليل) ومعناه ما لا يتعارف مهر لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعى الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع بينته الا ان يأتي بشئ يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضرورية فتمنى امكن ايجاب شئ من المسمى لا يصر اليه * ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصل في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ * ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر * وهذا رواية الجامع الصغير والاصل * وذكر في الجامع الكبير انه يحكم منعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجهة بعد الطلاق كعهر المثل قبله فتحكم كهو * ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمنعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفقد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتمعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الفين فان كان مهر مثلها الف 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 لانه ثبتت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانه ثبتت الحط وان كان مهر مثلها الف وخمسائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسائة هذا تخريج الرازي * وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى

(الهداية مع الكفاية) ٥

الآخر بشهادة الظاهر له واذا كان مهر المثل يشهد لاحدهما فالظاهر الاصح قول الكرخي قوله ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية

يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما
وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان
الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب
في حيوتها لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بهوت احدهما ولو
كان الاختلاف بعد موتها في المقدار فالقول قول ورثة الزوج
عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل وعند ابي يوسف
القول قول الورثة الا ان يأتوا بشئ قليل وعند محمد الجواب
فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة
رحمه الله القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده
بعد موتها على ما نبينه من بعد انشاء الله تعالى (واذا مات
الزوجان وقد سمي لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من
ميراث الزوج وان لم يكن سمي لها مهرا فلا شئ لورثتها
عند ابي حنيفة وقالوا لورثتها المهر في الوجهين)
معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الوجه الثاني* اما الاول
فلان المسمى دين في ذمته وقدناً كد بالموت فيقضى من تركته الا اذا
علم انها ماتت اولاً فيسقط نصيبه من ذلك* واما الثاني فوجه
قولهما ان مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت
كما اذا مات احدهما* ولا يبي حنيفة ان موتها يدل على
انقراض افرانها فبمهر من يقدر القاضى مهر المثل
(ومن بعث الى امرأته شيئاً فقالت هو هدية وقال الزوج
هو من المهر فالقول قوله) لانه هو المملك فكان اعرف
بجهة التملك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب
(الافى الطعام الذي يؤكل فان القول قولها) والمراد منه ما
يكون مهياً للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير
فالقول قوله لما بينا* وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع
وغيرها ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل

(واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر
وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول
بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحر بيان في دار
الحرب) وهذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحر بيين واما في
الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والتمتع ان
طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحر بيين
ايضا* له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا
الشرع وقع عاماً فيثبت الحكم على العموم* ولهما ان اهل
الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة
لتباين الدار بخلاف اهل الذمة

قوله يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما
اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله وعند ابي يوسف
تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب
مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهراً قوله واما
الثاني فهو ما اذا لم يكن سمي لها مهراً واختلفا في اصل
التسمية وقد ماتا فوجه قولهما ان مهر المثل صار ديناً في
ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما*
وعليه الفتوى* فقولهما قياس* وقول ابي حنيفة استحسان*
ولقول ابي حنيفة رحمه الله طريقان* احدهما ما استدلل به
ابو حنيفة رحمه الله وقال رأيت لو ادعى ورثة على رضى الله
عنه على ورثة عمر رضى الله عنه مهر ام كلثوم ا كنت اقضى
فيه بشئ* وهذا اشارة الى انه انما يقول بهذا بعد تقدم
العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقدم
العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضى الوقوف
على مقدار مهر المثل* وعلى هذا الطريق اذا لم يكن
العهد متقدماً بان لم يختلف مهر هذه المرأة فقضى مهر
مثلها* والطريق الآخر يقضى سقوطه وان لم يتقدم وهو
ان المستحق بالنكاح ثلاثة اشياء المسمى وهو الاقوى
والنفقة وهى الاضعف ومهر المثل متوسط يشبه المسمى
من حيث انه قيمة البضع ويشبه النفقة من حيث انه يجب
بغير شرط فالسسمى لقوته لا يسقط لا بهوت احدهما ولا
بهوتها والنفقة لضعفها تسقط بهوتها وبهوت احدهما ومهر
المثل يتردد بين ذلك فيسقط بهوتها ولا يسقط بهوت
احدهما لان ما تردد بين اصلين تتوفر حظه عليهما الا ترى
ان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط
بهوت احدهما فيكون ذلك اتفاقاً منهم انه يسقط بهوتها
كذا في البسوط قوله والمراد منه ما يكون مهياً للاكل
نحو الحلوا والمشوى والفاكهة او غيره مما لا يدخل ولا
يعطى في الدهر عادة حتى لو لم يكن مهياً للاكل نحو
شاة حية او حنطة او دقيق او سكر او تمر او لوز او
عسل او سمن او فاكهة او مطعوم يبقى مثلها شهراً فالقول
قوله مع بينه فان حلف انها لم تكن هدية يحتسب له
ذلك من البهر فالبينة بينته ايضاً لانه يثبت القضاء او البراءة
من المهر والنفقة والكسوة وكذا الواقم كل واحد منهما بينة على اقرار
ما ادعاه الآخر قوله وغيرهما كمتاع البيت وفي الفتاوى
الظهيرية وههنا مسألة عجيبة وهى انه لا يجب على الزوج
حقها ويجب عليه حق امتهالانها منهية عن الخروج دون امتهال

فصل

قوله واذا تزوج النصراني نصرانية الى قوله فليس لها
مهر يعنى وان اسلمها كذا في البسوط قوله ما شرع ابتغاء
النكاح الا بالمال قال الله تعالى ان نبتغوا باموالكم قوله
وهذا الشرع وقع عاماً لانه عليه السلام بعث الى الكفل قال
الله تعالى قل يا ايها الناس انى رسول الله اليكم جميعاً فيثبت
الحكم على العموم

لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربوا والزنا وولاية الازلام متحققة لاتحاد الدار * ولاي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الازلام بالسيف وبالجماعة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فاننا امرنا بان تتركهم وما يدبون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله صلى الله عليه وسلم الامن اربي فليس بيننا وبينه عهد * وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت * وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف (فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلم او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير) ومعناه اذا كانا باعيانها والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانها فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل * وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين * وقال محمد 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 اعيانها * واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد يقول صححت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا ملك العبد المسمى قبل القبض * ولاي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا نملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض واذا تعذر 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

قوله لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات قال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ووجوب مهر المثل في النكاح عند نفي المهر من احكام الاسلام فيظهر في حقهم كما يظهر حكم الربوا والزنا قوله ولاي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصلوة والصوم وفيما يعتقدون بخلاف المعاملات كبيع الخنزير قوله والربوا مستثنى عن عقودهم اي عقد اهل الذمة لقوله عليه السلام الامن اربي فليس بيننا وبينه عهد وقال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه بين انه كان حراما في دينهم اما النكاح بغير مهر فحائز في دينهم كما لو تزوجها على خمر ولان المهر لو وجب لا يخلو اما ان يجب حقا لها او حقا للشرع لا وجه الى الاول لانها رضيت بغير مهر ولا وجه الى الثاني لانه غير مخاطب بحقوق الشرع قوله وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض الاترى ان الصداق يتنصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود شئ الى ملك الزوج الا قبضه ارضا * وكذلك الزاوية تنصف قبل القبض ولا تنصف بعده خلافا لمحمد رحمه الله وكذلك لو مريوم الفطر والصداق عند غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض وكذلك لا تجب الزكاة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله في النهي قبل القبض بخلاف ما بعده قوله ولاي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد لان الملك نوعان ملك رقبته وملك تصرف وكل ذلك حاصل وانها يملك التصرف فيه كيف شاءت بتبدل او بغير بدل فالقبض هنا غير موجب ملك التصرف وملك العين وبهذه النكتة يخرج الجواب عن فضل البيع فانه اذا باع الخمر والخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض حيث يفسخ البيع ويمنع عن القبض ويخرج الجواب ايضا عما اذا لم يكونا عينين حيث لا يستحق عين الخمر فيه او الخنزير بالاجماع اما البيع فان البيع بعد القبض يستفاد ملك التصرف فيه لاقبله والاسلام مانع من القبض لشبهه بابتداء العقد ولان ضمان البيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشتري ناقلا لضمان الملك فاما ضمان المسمى في يد الزوج فليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها وانها وجب لها القيمة فلا يكون الاسلام مانعا من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب بل اولى لان في استرداد المغصوب ازالة اليد المانعة وهي يد الغاصب وليس ههنا ازالة اليد المانعة فلان لا يمنع عن القبض اولى قوله فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام يجبر على القبول فيكون فيه تقدير حكم عقد باشره في حالة الكفر لاعلى سنن الشرع

باب نكاح الرقيق **قوله** وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد قيدا بالعبد لانه لا يجوز للامة بالاجماع لان يضعها مملوك للمولى هو بقوله ان النكاح من خواص الانسان مبقى على اصل الحرية اذ هو مملوك للمولى من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى الا ترى انه يملك الطلاق الذي هو ضار محض حتى لا يملك الصبي العاقل وان اذن له وليه فلان يملك النكاح الذي فيه تحصيله واعاقفه اولى **قوله** لانه يملك الطلاق فيملك النكاح لان الطلاق حكم يستفاد من النكاح فلما كان اهلا لحكمه بغير اذن المولى كان اهلا سببه **قوله** اذ النكاح عيب فيها اما في العبد فلشغل ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك المولى واما في الامة فلانه مجرم عليه بضعها والاستمتاع بها الا ترى انه لو باع رقبته بمال لم يجز مع ان نفعه يعود الى المولى فلان لا يجوز النكاح ولا منفعة للمولى في عقده اولى * فان قيل يشك على هذا صحة اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة والقصاص عيب فيها على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فولايته على هذا التعيب يبطل هذه النكته * فلنا العبد لا يصير مملوكا لملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع ثم الحدود والقصاص انما وجبت عقوبة وجزاء على هتك حرمة لزمت العبد شرعا وضيانه هتك الحرمات واجبة على من حوطلب بها والعبد منه وما ثبت من التعيب ثبت في ضمن ضيانه الواجب شرعا لله تعالى فلا يملك به واما النكاح فعقد ازواج واقتضاء شهوة كل واحد من الزوجين من صاحبه فلا يملك الا يملك الرقبة والرقبة للمولى فلا يصح بدون اذنه **قوله** ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اى اكتساب الولد لانه يتبع الام واكتساب المهر والنفقة **قوله** ويملك تزويج امته لما بينا الى لانه من باب الاكتساب **قوله** لوجود سببه وهو النكاح اذ هو لم يشرع بلامهر **قوله** فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجارة وقال ابن ابي ليلى يكون اجارة لان الطلاق المعهود يكون بعد النكاح ولهذا لو ادعت امرأة على رجل انه تزوجها وهو ينكر ثم طلقها فان طلاقه اقرار بانها تزوجها **قوله** او هو اذنى لانه منع من الثبوت والطلاق رفع بعده فكان الحمل عليه اولى * فان قيل العمل بالحقيقة متى امكن لا يصر الى المجاز والطلاق لا يبطال ملك النكاح حقيقة وللمتاركة مجاز وقد امكن العمل بالحقيقة هنا فلا يصر الى المجاز * فلنا الحقيقة تترك عند قيام الدليل فهنا قام الدليل على عدم ارادة الحقيقة وهو التمرد على مولاه بقلة الالتفات اليه فلها جعل قوله طلقها مجازا عن الرد * فان قيل يشك بما لو زوج الفضولى رجلا امرأة فلما بلغ الخبر اليه قال طلقها فانه يكون اجارة * فلنا لان المولى لا يقدر على التطليق فلا يملك الامر به فجعل مجازا عن رد النكاح وثمة يملك التطليق بالاجارة فيملك الامر به فتثبت الاجارة في ضمنه ولا يشك ايضا بما اذا قالت المرأة لرجل طلقنى يكون اقرارا بالنكاح وكذلك لو زوج الرجل الفضولى اربعة في عقدة وثلاثا في عقدة وبلغه الخبر فطلق احدى الثلث او احدى الاربع بغير عينها كان اجارة منه لنكاح ذلك الفريق * اما الاول فان الظاهر من حالها مباشرة النكاح الصحيح فحمل عليه وهذا دليل الفساد ظاهر وهو تمرده على مولاه بالنكاح بغير اذنه * واما الثانى فان قول الزوج لا يصح الابان يحمل على الطلاق لانه ان وقع في التى صح نكاحهن صح كلامه وان وقع في التى لم يصح نكاحهن لا يصح كلامه فجعل منه اجارة للعقد تصحيحا لكلامه وهنا قول المولى صحيح في الحالين سواء كان امرا بالطلاق او بالمتاركة **قوله** وان قال طلقها تطليقة رجعية فهو اجارة وكذا اذا قال وقع عليها تطليقة او طلقها تطليقة يقع عليها **قوله** ومن قال لعبد تزوج هذه الامة الاشارة الى الامة المعينة ليست بقيد وكذا الحكم فيما اذا قال له تزوج امرأة **قوله** ولهذا لو حلف لا يتزوج انما قيد بالمستقبل لانه لو حلف في الماضى وقد كان تزوج فاسدا او صحيحا كان حائثا في يمينه كذا في البسوط **قوله** كفاى البيع فان امره بالبيع ينتظم الجائز والفساد

قوله وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد قيدا بالعبد لانه لا يجوز للامة بالاجماع لان يضعها مملوك للمولى هو بقوله ان النكاح من خواص الانسان مبقى على اصل الحرية اذ هو مملوك للمولى من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى الا ترى انه يملك الطلاق الذي هو ضار محض حتى لا يملك الصبي العاقل وان اذن له وليه فلان يملك النكاح الذي فيه تحصيله واعاقفه اولى قوله لانه يملك الطلاق فيملك النكاح لان الطلاق حكم يستفاد من النكاح فلما كان اهلا لحكمه بغير اذن المولى كان اهلا سببه قوله اذ النكاح عيب فيها اما في العبد فلشغل ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك المولى واما في الامة فلانه مجرم عليه بضعها والاستمتاع بها الا ترى انه لو باع رقبته بمال لم يجز مع ان نفعه يعود الى المولى فلان لا يجوز النكاح ولا منفعة للمولى في عقده اولى * فان قيل يشك على هذا صحة اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة والقصاص عيب فيها على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فولايته على هذا التعيب يبطل هذه النكته * فلنا العبد لا يصير مملوكا لملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع ثم الحدود والقصاص انما وجبت عقوبة وجزاء على هتك حرمة لزمت العبد شرعا وضيانه هتك الحرمات واجبة على من حوطلب بها والعبد منه وما ثبت من التعيب ثبت في ضمن ضيانه الواجب شرعا لله تعالى فلا يملك به واما النكاح فعقد ازواج واقتضاء شهوة كل واحد من الزوجين من صاحبه فلا يملك الا يملك الرقبة والرقبة للمولى فلا يصح بدون اذنه قوله ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اى اكتساب الولد لانه يتبع الام واكتساب المهر والنفقة قوله ويملك تزويج امته لما بينا الى لانه من باب الاكتساب قوله لوجود سببه وهو النكاح اذ هو لم يشرع بلامهر قوله فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجارة وقال ابن ابي ليلى يكون اجارة لان الطلاق المعهود يكون بعد النكاح ولهذا لو ادعت امرأة على رجل انه تزوجها وهو ينكر ثم طلقها فان طلاقه اقرار بانها تزوجها قوله او هو اذنى لانه منع من الثبوت والطلاق رفع بعده فكان الحمل عليه اولى * فان قيل العمل بالحقيقة متى امكن لا يصر الى المجاز والطلاق لا يبطال ملك النكاح حقيقة وللمتاركة مجاز وقد امكن العمل بالحقيقة هنا فلا يصر الى المجاز * فلنا الحقيقة تترك عند قيام الدليل فهنا قام الدليل على عدم ارادة الحقيقة وهو التمرد على مولاه بقلة الالتفات اليه فلها جعل قوله طلقها مجازا عن الرد * فان قيل يشك بما لو زوج الفضولى رجلا امرأة فلما بلغ الخبر اليه قال طلقها فانه يكون اجارة * فلنا لان المولى لا يقدر على التطليق فلا يملك الامر به فجعل مجازا عن رد النكاح وثمة يملك التطليق بالاجارة فيملك الامر به فتثبت الاجارة في ضمنه ولا يشك ايضا بما اذا قالت المرأة لرجل طلقنى يكون اقرارا بالنكاح وكذلك لو زوج الرجل الفضولى اربعة في عقدة وثلاثا في عقدة وبلغه الخبر فطلق احدى الثلث او احدى الاربع بغير عينها كان اجارة منه لنكاح ذلك الفريق * اما الاول فان الظاهر من حالها مباشرة النكاح الصحيح فحمل عليه وهذا دليل الفساد ظاهر وهو تمرده على مولاه بالنكاح بغير اذنه * واما الثانى فان قول الزوج لا يصح الابان يحمل على الطلاق لانه ان وقع في التى صح نكاحهن صح كلامه وان وقع في التى لم يصح نكاحهن لا يصح كلامه فجعل منه اجارة للعقد تصحيحا لكلامه وهنا قول المولى صحيح في الحالين سواء كان امرا بالطلاق او بالمتاركة قوله وان قال طلقها تطليقة رجعية فهو اجارة وكذا اذا قال وقع عليها تطليقة او طلقها تطليقة يقع عليها قوله ومن قال لعبد تزوج هذه الامة الاشارة الى الامة المعينة ليست بقيد وكذا الحكم فيما اذا قال له تزوج امرأة قوله ولهذا لو حلف لا يتزوج انما قيد بالمستقبل لانه لو حلف في الماضى وقد كان تزوج فاسدا او صحيحا كان حائثا في يمينه كذا في البسوط قوله كفاى البيع فان امره بالبيع ينتظم الجائز والفساد

باب نكاح الرقيق

(لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاها) وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح * ولنا قول صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحها تعيبها اذ النكاح عيب فيها فلا يملكه بدون اذن مولاها (وكذلك المكاتب) لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقى في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتب لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتهما لما بينا (و) كذا (المدبر وام الولد) لان الملك فيها قائم (واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يساع فيه) لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كفاى دين التجارة (والمدبر والمكاتب يسعيان فى المهر ولا يباعان فيه) لانهما لا يمتلآن النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لامن نفسها (واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجارة) لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومثاركنه يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد * وهو اذنى فكان الحمل عليه اولى (وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجارة) لان الطلاق الرجعى لا يكون الا فى نكاح صحيح فتتبع الاجارة (ومن قال لعبد تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع فى المهر عند ابي حنيفة) رحمه الله (وقالا يؤخذ منه اذا عتق) واصل ان الاذن بالنكاح ينتظم الفساد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا فى حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا فى حق المولى المولى فيؤخذ به بعد العتاق * لهما ان المقصود من النكاح فى المستقبل الاعفاف والتحسين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد فى البيع الفاسد حاصل وهو ملك التصرفات * وله ان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه كما فى البيع وبعض المقاصد فى النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطى *

(ومستثله)

قوله ولهذا لو حلف لا يتزوج انما قيد بالمستقبل لانه لو حلف في الماضى وقد كان تزوج فاسدا او صحيحا كان حائثا في يمينه كذا في البسوط قوله كفاى البيع فان امره بالبيع ينتظم الجائز والفساد

قوله ومثله اليمين ممنوعة على هذه الطريقة وهي طريقة اجراء اللفظ المطابق على اطلاقه * ولكن كان قول السك فالتعذر لا يبيح حقيقته
 رحمه الله ان ثمة تقييد بالعرف ومبنى الايمان على العرف وكذا التوكيد في النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله ينتظم الجائر والفاقد حتى
 او زوج امرأة نكاحا فاسدا تنتهي به الوكالة وهذا لان الفساد والصحة صفتا العقد والاذن من المولى في اصل العقد فلا
 يقييد بصفة دون صفة كالاذن في البيع والشراء ولان الحاجة الى اذن المولى لشغل رقبته بالمهر لا لتملك البضع لانه في حقه يبقى على
 اصل الحرية بدليل تمكنه من ازالة هذا الملك بلا استطلاع رأي المولى والفاقد فيه مثل الجائر لان الشغل يتعلق بهما بخلاف
 مسألة اليمين فانه منع نفسه عن تملك البضع وعن شغل ذمته بالمهر وهو يملك كليهما على نفسه فيصنع المنع منهما ولا يتصور المنع منهما الا بالنكاح الجائر لان
 تملك البضع لا يثبت بالفاقد وهذا الامر في حق تملك البضع لا
 يصح وانما يصح لشغل الرقبة بالمهر وذا يتمتع بالجائر
 والفاقد فانصرف الامر اليهما **قوله** وجب الدين بسبب
 لا مرد له وهو صحة النكاح فشا به دين الاستهلاك اذا استهلك
 المأذون المديون عين انسان صار صاحب العين اسوة
 للفرماء **قوله** فيملكه اعتبارا بالامة فان في الامة انما
 ينعقد عقد المولى عليها بملك رقبته لا يملك ما يملك
 بالنكاح فان ولاية التزويج لا تستدعي ملك ما يملك
 بالنكاح طردا وعكسا الا ترى ان المولى تزوج الصغيرة ولا
 يملك ما يملك عليها بالنكاح والزوج لا يزوج امرأته وهو
 مالك عليها ما يملك بالنكاح وهذا موجود في جانب العبد
 وما قاله انه غير مملوك للمولى عليه فاسد لان العبد لا
 يستبد بالنكاح بالاتفاق وما لا يملكه المولى من عبده
 فالعبد فيه يبقى على اصل الحرية فيستبد به وان كان فيه
 ضرر للمولى كالاتفاق بالقصاص وإيقاع الطلاق على زوجته
 واما عدم ملك طلاق امرأة عبد لما ان ازالة الحل لمن وقع له
 الحل فالحل واقع للعبد فكان الرفع له ايضا **قوله** وهذا
 لان المقتول ميت باجله اذ الموت عبارة عن انتهاء ايام
 الحيوة وبالقتل تنتهي ايام حيوته ولهذا لو قال لعبد فان
 مت فانت حر فقتل عتق وانما اعتبر القتل قطعاً للحيوة
 في حق القاتل اذا لزمه ضمان من دية او قصاص اذ الضمان
 يخضع بالقتل ولم يتعلق بقتل المولى امته ضمان فاعتبر
 في حقه موتاً لا قطعاً للحيوة فهو لا يمنع وجوب المهر كما
 لو قتلها اجنبي وكما لو قتل الحر نفسه وقتل السيد
 زوجها وقتلت الامة نفسها **قوله** ولنا انه منع المبدل الى
 قوله والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا يريد به اذا لزم
 القاتل حكم من احكام القتل في الدنيا وان كان موتا عند
 الله تعالى وقد ثبت حكم القتل في قتل المولى امته وهي
 الكفارة وانما بطل القود لفوات الفائدة لاستحالة ان يجبله
 عليه واذا قتل نفسه او قتلها اجنبي لم يوجد منع المبدل
 ممن له البذل واذا قتل المولى زوجها قبل الدخول فما منع
 المعقود عليه من العاقب بل منع العاقب عن المعقود وهذا لا
 يوجب سقوط البذل كالباطع اذا قتل المشتري قبل تسليم
 المبيع اليه ومتى قتل المبيع قبل التسليم سقط البذل ولا
 يلزم على هذا ارتضاع الصغيرة المنكوحة من ام زوجها
 وتقبيل المجنونة ابن زوجها بشهوة قبل الدخول فان المهر
 لا يسقط وان تحقق منع المعقود عليه من العاقب قبل التسليم
 لانهما ليستا من اهل المجازاة فان المجنونة او الصغيرة اذا
 قتلت اباهما لا تحرم عن الارث ولا تجب الكفارة لانهما
 يجبان جزاء بخلاف المولى فانه من اهل المجازاة حتى قالوا
 لو كان القاتل صبيا يجب ان لا يسقط المهر عند ابي حنيفة
 فان قيل اليس ان الصغيرة العاقلة اذا ارتدت تجازى بسقوط
 المهر ان كان قبل الدخول فقد جعلت الصغيرة من اهل المجازاة * قلنا انما لا تجازى على افعال لا تكون محظورة في حقها والردة محظورة
 من الصبية العاقلة بدليل انها تحرم عن الميراث بسبب الردة وتستتاب بالحبس ولان القتل يعطى في بعض المواضع والردة لاتعمل في موضع ما
 فلا يلزم من حظر الردة حظر القتل في حقها **قوله** كما اذا ارتدت الحره اذا ارتدت قبل الدخول بها يسقط المهر رواية واحدة والامة اذا
 ارتدت او قتلت ابن زوجها فقد ذكر في الفوائد لارواية فيه عن اصحابنا رحمهم الله ان المهر يسقط لامر المشايخ من قال لا يسقط لان المنع مجاء من
 قول من له الحق وهو المولى حتى يجازى بمنع البذل * ومنهم من يقول يسقط لان المهر يجب لها ثم ينتقل الى مولاهما اذا فرغ من حاجتها حتى لو
 كان عليها دين يصرف المهر الى دينها **قوله** والجامع ما بيناه * **قوله** وعو قوله انه منع المبدل

باب نكاح الرقيق (٣٣) كتاب النكاح

ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة
 ومن زوج عبدا ما خونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة
 للفرماء في مهرها) ومعناه اذا كان النكاح بههر المثل
 ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما ذكره والنكاح
 لا يلاقى حق الفرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح
 وجب الدين بسبب لامرد له فشا به دين الاستهلاك وصار
 كالريص المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للفرماء
 (ومن زوج امته فليس عليه ان يبونها بيت الزوج لكنها
 تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها) لان حق
 المولى في الاستخدام باق والتبوة ابطال له (فان بواها معه
 بيتا فلها النفقة والسكنى والافلا) لان النفقة تقابل الاحتباس
 ولو برأها بيتا ثم بداله ان يستخدها له ذلك لان الحق باق
 لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوة كما لا يسقط بالنكاح * قال رضى
 الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاها
 وهذا يرجع الى منهدنا ان للمولى اجبارها على النكاح *
 وعند الشافعي لا اجبار في العبد * وهو رواية عن ابي حنيفة
 لان النكاح من خصائص الادمية والعبد داخل تحت ملك المولى
 من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك
 منافع بضعها فيملك تملكها * ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه
 لان فيه تحصيله عن الزنا الذي هو سبب الهلاك او النقصان
 فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتب لانها التحقا
 بالاحرار تصرفا فيشترط رضاها قال (ومن زوج امته ثم قتلها
 قبل ان يدخل بها زوجها فلامهر لها عند ابي حنيفة وقالوا
 عليه المهر لمولاهما) اعتبارا بموتها حتى انها وهذا لان المقتول
 ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي * وله انه منع المبدل
 قبل التسليم فيجازى بمنع البذل كما اذا ارتدت الحره والقتل
 في حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية
 فكذا في حق المهر (وان قتلت حره نفسها قبل ان يدخل بها
 زوجها فلها المهر) خلافا لرفر رحمه الله هو يعتبره بالردة
 وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه *

فان قيل اليس ان الصغيرة العاقلة اذا ارتدت تجازى بسقوط
 المهر ان كان قبل الدخول فقد جعلت الصغيرة من اهل المجازاة * قلنا انما لا تجازى على افعال لا تكون محظورة في حقها والردة محظورة
 من الصبية العاقلة بدليل انها تحرم عن الميراث بسبب الردة وتستتاب بالحبس ولان القتل يعطى في بعض المواضع والردة لاتعمل في موضع ما
 فلا يلزم من حظر الردة حظر القتل في حقها **قوله** كما اذا ارتدت الحره اذا ارتدت قبل الدخول بها يسقط المهر رواية واحدة والامة اذا
 ارتدت او قتلت ابن زوجها فقد ذكر في الفوائد لارواية فيه عن اصحابنا رحمهم الله ان المهر يسقط لامر المشايخ من قال لا يسقط لان المنع مجاء من
 قول من له الحق وهو المولى حتى يجازى بمنع البذل * ومنهم من يقول يسقط لان المهر يجب لها ثم ينتقل الى مولاهما اذا فرغ من حاجتها حتى لو
 كان عليها دين يصرف المهر الى دينها **قوله** والجامع ما بيناه * **قوله** وعو قوله انه منع المبدل

قوله ولنا ان جنابة المهر على نفسه غير معتبر في حق احكام الدنيا حتى يغسل ويصلى عليه فشا به موتها حتى انقضا وهذا لان
نفسها كوتها حتى انقضا اذا لا يمكن اضافة قتلها اليها حقيقة لان تمام القتل بالموت ولا يتم الا عند سقوط اهلية الفحل فلا يصح
الفحل منها * ولها قال ابو حنيفة ومحمدانها تغسل وتصلى عليها وانما ينسب القتل اليها مجازا وكذا حكما لانه لم يثبت عليها شيء
احكام القتل فبقي موتا حقيقة وحكما وتقويت المعقود عليه يتحقق بعد الموت وبعده لم يبق اهلا للفعل اصلا فلا يضاف التقويت اليه
والمولى اهل للفعل فيضاف اليه ولان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتا انما يعتبر تفويتا بعد الموت وبالموت ينتقل المهر الى الورثة فلا يضاف
بتفويتها اما في الامة مهرها ملك المولى فكان فعله بابطال المبدل ابطالا لحق نفسه وهو يملك ابطال حق نفسه هذا كمن قال لغيره اقتل
فقتله لا يجب القيمة على القاتل والحرة اذا قال لرجل اقتلني فقتله كان عليه دية ولا يصح اذنه في ابطال حق الورثة كذلك ههنا فان قيل هذا يشكل بالحرف فاذن
وارثا فانه لا يسقط المهر ايضا قلنا انما لا يسقط المهر لان الوارث صار محررا وما عن الميراث فلم يصر مبطلا حق نفسه في المهر فكذلك لم يبطل المهر بابطال
حقه في المهر قوله فالاذن في العزل الى المولى اعلم ان العزل جائز في الجملة لما روى ان النبي عليه السلام
قال اعزلوهن اولا تعزلوهن ان الله تعالى اذا اراد خلق نسمة فهو خالقها خير بين العزل وتركه فدل انه مباح ولانه
ليس في العزل الا الامتناع عن اكتساب سبب الولد وانه جائز كوطئ الحامل * وقال بعض الناس لا يجوز العزل
لانه عليه السلام سئل عنه فقال تلك المؤودة الصغرى * وعلى هذا الخلاف اذا وجدت الامة زوجها عتيقا * وفي كراهة
الفتاوى ان خاف من الولد سوء يسعه ان يعزل عنها وان كانت حرة لسوء الزمان وكذا لو عاجلت لاسقاط الولد لا يتم
مالم يستبين شيء من خلقه وانما يستبين خلقه في مائة وعشرين يوما قوله وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل
بمقصود الولد وهو حق المولى لان الامة لاحق لها في قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقا لها ابتداء وبقاء فانها
لا تتمكن من مطالبة سيدها بالتزوج وانما كانت الكراهة للولد والحق في الولد للمولى لالهلا فيشترط رضاها ولها
فارق الحرة فان الولد حقها قوله فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا اي من غير قيد بان يكون الزوج حرا او عبدا
فينتظم الفصلين قوله والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به اي بتعليل النبي
عليه السلام بملك البضع وعنده علة ثبوت الخيار ملك البضع وعدم الكفاءة وهما لا يوجدان فيما اذا كان زوجها حرا
قوله ولانه يزاد الملك عليها عند العتق هذا لا يلزم الشافعي رحمه الله لان الطلاق عنده معتبر بالرجال فلم
يزداد الملك قوله وان تزوجت امة بغير اذن مولاهما الحكم في العبد كذلك وتخصيص الامة لبناء مسألة المهر
عليها قوله ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة * فان قيل يشكل هذا بالشراء فان الامة اذا اشترت ثم اعتقها
المولى فان الشراء يبطل * قلنا انما كان كذلك لان الشراء انما عقد موجبا للملك للمولى حين اشترت ولو نفذ بعد
عتقها كان موجبا للملك لها فيتعير حكم من له الحق واما ههنا فان عقد العقد موجبا للحل لها ابتداء وانتهى قوله
وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال * فان قيل يرد على هذا الاصل نقوض منها ان العبد اذا تزوج بغير اذن مولاه ثم
اذن له المولى في النكاح لا يجوز النكاح المباشر بدون الاجازة * ومنها ان الفضولي اذا زوج رجلا امرأة ثم وكله
الزوج بالنكاح لا يجوز النكاح المباشر بدون الاجازة * ومنها ان الصغيرة اذا كان لها وليا احدهما اقرب والاخر بعد فزوجها
الا بعد حال قيام الاقرب فان مات الاقرب او غاب غيبة منقطعة حتى تحولت الولاية الى الا بعد لا يجوز الا باجازة مستأنفة *
ومنها ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة من انسان توفى النكاح على اجازتها فان اذنت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقبلية
قلنا اما الجواب عن الاول فان الاذن فك الحجر عن التصرف ولو جاز النكاح المباشر قبل الاذن لا يقع الاذن فكا فيمتنع وقضية هذا
ان لا يجوز باجازة مستقبلية قياسا الا انا استحسنا وقلنا بالجواز عند الاجازة لقيام الاجازة مقام النكاح كما في نكاح الفضولي وهكذا نقول
في الوكيل * واما الجواب عن الثالث فان الا بعد حين باشبه لم يكن وليا ومن لم يكن اليه الولاية في شيء لا يتأني في عواقبه بل يتأني في ذلك اتكالا على رآه
الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلاح فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا تمكينه من اكتساب اصراع النكاحين * وبهذه الحرف يقع
الانفصال عن النقض الرابع كذا في الفوائد الظهيرية

كتاب النكاح (٣٤) باب نكاح الرقيق

ولنا ان جنابة المهر على نفسه غير معتبر في حق احكام الدنيا فشا به موتها حتى انقضا وهذا لان
نفسها كوتها حتى انقضا اذا لا يمكن اضافة قتلها اليها حقيقة لان تمام القتل بالموت ولا يتم الا عند سقوط اهلية الفحل فلا يصح
الفحل منها * ولها قال ابو حنيفة ومحمدانها تغسل وتصلى عليها وانما ينسب القتل اليها مجازا وكذا حكما لانه لم يثبت عليها شيء
احكام القتل فبقي موتا حقيقة وحكما وتقويت المعقود عليه يتحقق بعد الموت وبعده لم يبق اهلا للفعل اصلا فلا يضاف التقويت اليه
والمولى اهل للفعل فيضاف اليه ولان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتا انما يعتبر تفويتا بعد الموت وبالموت ينتقل المهر الى الورثة فلا يضاف
بتفويتها اما في الامة مهرها ملك المولى فكان فعله بابطال المبدل ابطالا لحق نفسه وهو يملك ابطال حق نفسه هذا كمن قال لغيره اقتل
فقتله لا يجب القيمة على القاتل والحرة اذا قال لرجل اقتلني فقتله كان عليه دية ولا يصح اذنه في ابطال حق الورثة كذلك ههنا فان قيل هذا يشكل بالحرف فاذن
وارثا فانه لا يسقط المهر ايضا قلنا انما لا يسقط المهر لان الوارث صار محررا وما عن الميراث فلم يصر مبطلا حق نفسه في المهر فكذلك لم يبطل المهر بابطال
حقه في المهر قوله فالاذن في العزل الى المولى اعلم ان العزل جائز في الجملة لما روى ان النبي عليه السلام
قال اعزلوهن اولا تعزلوهن ان الله تعالى اذا اراد خلق نسمة فهو خالقها خير بين العزل وتركه فدل انه مباح ولانه
ليس في العزل الا الامتناع عن اكتساب سبب الولد وانه جائز كوطئ الحامل * وقال بعض الناس لا يجوز العزل
لانه عليه السلام سئل عنه فقال تلك المؤودة الصغرى * وعلى هذا الخلاف اذا وجدت الامة زوجها عتيقا * وفي كراهة
الفتاوى ان خاف من الولد سوء يسعه ان يعزل عنها وان كانت حرة لسوء الزمان وكذا لو عاجلت لاسقاط الولد لا يتم
مالم يستبين شيء من خلقه وانما يستبين خلقه في مائة وعشرين يوما قوله وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل
بمقصود الولد وهو حق المولى لان الامة لاحق لها في قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقا لها ابتداء وبقاء فانها
لا تتمكن من مطالبة سيدها بالتزوج وانما كانت الكراهة للولد والحق في الولد للمولى لالهلا فيشترط رضاها ولها
فارق الحرة فان الولد حقها قوله فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا اي من غير قيد بان يكون الزوج حرا او عبدا
فينتظم الفصلين قوله والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به اي بتعليل النبي
عليه السلام بملك البضع وعنده علة ثبوت الخيار ملك البضع وعدم الكفاءة وهما لا يوجدان فيما اذا كان زوجها حرا
قوله ولانه يزاد الملك عليها عند العتق هذا لا يلزم الشافعي رحمه الله لان الطلاق عنده معتبر بالرجال فلم
يزداد الملك قوله وان تزوجت امة بغير اذن مولاهما الحكم في العبد كذلك وتخصيص الامة لبناء مسألة المهر
عليها قوله ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة * فان قيل يشكل هذا بالشراء فان الامة اذا اشترت ثم اعتقها
المولى فان الشراء يبطل * قلنا انما كان كذلك لان الشراء انما عقد موجبا للملك للمولى حين اشترت ولو نفذ بعد
عتقها كان موجبا للملك لها فيتعير حكم من له الحق واما ههنا فان عقد العقد موجبا للحل لها ابتداء وانتهى قوله
وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال * فان قيل يرد على هذا الاصل نقوض منها ان العبد اذا تزوج بغير اذن مولاه ثم
اذن له المولى في النكاح لا يجوز النكاح المباشر بدون الاجازة * ومنها ان الفضولي اذا زوج رجلا امرأة ثم وكله
الزوج بالنكاح لا يجوز النكاح المباشر بدون الاجازة * ومنها ان الصغيرة اذا كان لها وليا احدهما اقرب والاخر بعد فزوجها
الا بعد حال قيام الاقرب فان مات الاقرب او غاب غيبة منقطعة حتى تحولت الولاية الى الا بعد لا يجوز الا باجازة مستأنفة *
ومنها ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة من انسان توفى النكاح على اجازتها فان اذنت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقبلية
قلنا اما الجواب عن الاول فان الاذن فك الحجر عن التصرف ولو جاز النكاح المباشر قبل الاذن لا يقع الاذن فكا فيمتنع وقضية هذا
ان لا يجوز باجازة مستقبلية قياسا الا انا استحسنا وقلنا بالجواز عند الاجازة لقيام الاجازة مقام النكاح كما في نكاح الفضولي وهكذا نقول
في الوكيل * واما الجواب عن الثالث فان الا بعد حين باشبه لم يكن وليا ومن لم يكن اليه الولاية في شيء لا يتأني في عواقبه بل يتأني في ذلك اتكالا على رآه
الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلاح فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا تمكينه من اكتساب اصراع النكاحين * وبهذه الحرف يقع
الانفصال عن النقض الرابع كذا في الفوائد الظهيرية

(كما)
الانفصال عن النقض الرابع كذا في الفوائد الظهيرية

كما اذا زوجت نفسها بعد العتق (فان كان تزوجت بغير
 اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها
 مولاه 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 لم يجب مهر آخر بالوطى في نكاح موقوف لان العقد
 قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الامهرا واحدا (ومن
 وطى 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 جاريتة للحاجة الى
 صيانة المأوى غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء
 نفسه فهذا يتملك الجارية قيمة والطعام بغير القيمة
 ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطا له اذ المصحح حقيقة
 الملك اوجهه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له
 التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطى يلاقى ملكه
 فلا يلزمه العقر * وقال زفر والشافعي يجب المهر
 لانها يثبتان الملك حكما للاستيلاء كما في الجارية المشتركة
 وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معرفة قال (ولو كان الابن
 زوجها اياه فولدت منه لم تصرام ولد له ولا قيمة عليه
 وعليه المهر وولدها حر) لانه صح التزوج عندنا خلافا
 للشافعي لحلوها عن ملك الاب الا ترى 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 اليد للشبهة فاذا جاز النكاح
 صار مأوه مصونابه فلم يثبت ملك اليمين فلا تصيرام ولد
 له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر
 لالتزامه بالنكاح ولدها حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه بالقرابة
 قال (واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عنى
 بالف ففعل فسد النكاح) وقال زفر لا يفسد واصله
 انه يقع العتق عن الامر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى
 به الكفارة يخرج عن عهدها وعنده يقع عن المأمور لانه
 طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا يعتق فيها
 لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور *

قوله فان كانت تزوجت بغير اذن مولاه على الف ومهر مثلها مائة
 فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاه فالمهر للمولى لانه استوفى
 منافع مملوكة للمولى * فان قيل ينبغي ان يجب مهر ان
 مهر المثل بالدخول قبل نفاذ النكاح بناء على العقد الموقوف
 ومهر بالنكاح وهو المسمى كمن قال لاجنية ان تزوجتك
 فاننت طالق فتزوجها ودخل بها طلقت وعليه نصف المسمى
 بالطلاق قبل الدخول بحكم العقد ومهر بالدخول بعد
 الطلاق * قلنا القياس كذلك ولكن استحسننا واوجبنا مهرا
 واحدا وهو المسمى وقت العقد لان العقد استند جواربه الى
 الاصل فصار ذلك العقد الموجود عاملا من الابتداء كان الاذن كان
 مقتربا به فتجب مهر واحد وهذا لانه لو وجب المهر بالدخول
 لوجب بحكم العقد اذلولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا
 بالدخول مضافا الى العقد فانجاب مهر آخر بالعقد جمع بين
 المهرين بعقد واحد وانه ممتنع * فان قالوا حكم النفاذ
 لا يظهر في المستوفى لانه معدوم * قلنا بل يظهر هنا لان المستوفى
 له حكم الاعيان عندنا او يقال اظهرنا حكم الاذن في البضع
 وهو موجود وما ورد الاستيفاء الا في بضع واحد فيجب
 عليه بدل واحد قسوله وان لم يدخل بها حتى اعتقها
 فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها * فان قيل ينبغي
 ان يجب المهر لسيدها لاستناد الجواز الى الاصل كما لو تزوجت
 باذن المولى ولم يدخل بها حتى اعتقها * قلنا حكم الاستناد
 يظهر فيما لا يختلف مستحقه وهنا يختلف لان المستحق زمان
 الثبوت الامة وزمان العقد السيد واذا كان المستحق زمان
 الثبوت الامة يمتنع استناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد
 لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا
 الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث ثبت
 قسوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطا له * وقال
 زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانها يثبتان
 الملك حكما للاستيلاء ولا يلزم على هذا اذا كانت مشتركة
 بين الاب والابن وولدت ولها فادعاه الاب يثبت النسب
 ويجب العقر اجماعا لان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاء
 فلا ضرورة في تقديم الملك شرطا له فيثبت الملك في نصيب
 الابن حكما للاستيلاء فيجب العقر ولا يلزم ايضا ما اذا وطى
 الاب جارية الابن وطئا غير معلق يجب العقر لان اثبات
 الملك بصفة التقديم كان لصيانة فعلا عن الحرمة وصيانة الولد
 عن الرق وهذا المجموع لا يتأتى ههنا ولا يلزم ايضا ما اذا
 استولد جارية ابنه ثم قذفه انسان لا يحد ولو كان الملك
 ثابتا بوصف التقدم لوجب الحد على قاذفه لان الملك بوصف
 التقدم مجتهد فيه فيكون الوطى حراما عند البعض فيتمكن
 فيه شبهة الزنا وبالشبهة تدرك الحدود قسوله فمن المحال
 ان يملكها الاب من وجه لانه اذا ثبت للاب من وجه لا يثبت
 للابن من ذلك الوجه فدل ان وطى * الاب جارية ابنه حرام
 وقال ابن ابي ليلى لا بأس للرجل ان يطأ جارية ابنه اذا
 احتاج اليه وهو بنو من انس بن مالك رضى الله عنه ولكن
 للمصحيح قول الجمهور * وذكر الامام الترمذي رضى الله عنه ولكن
 هذا اذا كان الاب حرا مسلما وما اذا كان عبدا او مكابها او كافرا
 لم تجز دعوته لعدم الولاية والجهد كالأب عند عدم الاب واما
 اب الام فلا لانه لا ولاية له بهال قسوله ما لا يبقى ماله ملك
 الاب لو كان كالبيع والهبة

ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التملك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الامر عنه * وقوله اعتقت تملكك منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للامر ففسد النكاح للتنافي بين الملكين (ولو قالت اعتقه عنى ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لانه يقدم التملك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض * كما اذا كان عليه كفارة الطهار فامر غيره ان يطعمه عنه * ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعى وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الامر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شىء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

(واذا تزوج الكافر بلا شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلموا اقرأ عليه) وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكم * وقال ابو يوسف ومحمد في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر له ان الخطابات عامة على مامر من قبل فلتزومهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لاتقريرا فاذا ترفعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق * ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات * ولا يبيح حنيفة رحمه الله ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقد بخلان ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقد به واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمكوهة اذا وطئت بشبهة

قوله واذا ثبت الملك للامر ففسد النكاح * فان قيل ينبغي ان لا يبطل النكاح لان الملك هنا كما يثبت بزول حكمه للاعتاق فام يكن مقتررا فلا يبطل به النكاح كالكحل اذا اشترى منكوهة * فلنا الملك يثبت للكحل ابتداء في الصحير من الذهب ولئن ثبت للكحل ثم ينتقل عنه كما زعم البعض فانما لا يفسد النكاح به لانه يتعلق به حق غيره زمان الثبوت ومثله لا يفسد النكاح وفيما نحن فيه لم يتعلق به حق غيره فيفسد به النكاح * فان قيل اليس انه لو قال لعبده كفر يملكك بالمال فانه لا يعتق ولا يمكن من التكفير بالمال الا بالعتق فكان ينبغي ان يثبت العتق اقتضاء * فلنا الحرية لاتصلح ان تثبت اقتضاء لان الثابت اقتضاء ثابت تبعا وبالحرية يصير اهلا للتكفير بالمال فكانت اصلا لاتبعها فلان ثبت اقتضاء الا ترى ان الكفار لم يخاطبوا بالشرائح لانها لاتعتبر بلايمان ولا تثبت اقتضاء لانه تثبت اهلية اداؤها فلان ثبت * وعلى هذا يخرج قوله تزوج اربعا فان قيل ينبغي ان لا يفسد النكاح لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة في ثبوت العتق عن الامر لافي فساد النكاح * فلنا الشىء اذا ثبت ثبت بلوازمه وضروراته اذ لو لم تثبت لوازمه لاستتعال ثبوته لان عدم اللازم يدل على عدم الملزوم ومن لوازم ثبوت الملك العارى عن تعلق حق الغير به فساد النكاح فيفسد * فان قيل اذا صرح بالمقتضى وهو التملك لا يصح العتق عن الامر بل يقع عن البأمر ذكره في التقويم فلا يكون مقتضاه اقوى من التصريح * فلنا كم من شىء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الاجته في ارحام الاهات فانه يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا وكذلك الحكم في جنين الاضحية والجنين يصير مقبلا باقامة السلطان في مصر وان كان الجنين في المفازة قوله كما اذا كان عليه كفارة الطهار فامر غيره ان يطعمه عنه بان قال لاخر اطعم عنى عن كفارة يمينى عشرة مساكين فاطعم عنه تسقط عنه الكفارة ويصير ذلك قرضا على الامر فقد سقط القبض وان كان لا يثبت الملك للمستقرض قبل القبض قوله ولهما ان الهبة من شرطها القبض ولا يمكن اسقاطه لانه انما يسقط تبعا ما يمتثل السقوط والقبض في الهبة لا يمتثل السقوط بحال فلا يعمل فيه دليل السقوط وهو التبعية والركن في البيع يمتثل السقوط كما في بيع التعاطى * فان قيل اليس انه لو قال لاخر اعتق عبدك عنى بالف درهم ورطل من خمر انه يصح ويعتق عنه وان لم يوجد القبض والبيع الفاسد كالهبة في اشتراط القبض * فلنا قد ذكر الكرخى ان العتق يقع عن المأمور هنا على قولهما والمدكور قول ابن يوسف رحمه الله ولئن سلم فالبيع الفاسد مشروع كالصحيح فاحتمل ان سقط القبض عنه فيصح اسقاطه اقتضاء لان الفاسد يلحق بالجائز ويعترف منه حكمه قوله اما العبد فلا يقع في يده شىء لان الاعتاق اتلاف للملك

باب نكاح اهل الشرك قوله واذا تزوج المجوسى امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المعارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما ووجب التعرض بالاسلام فيفروق وعنده حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت في نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة يبطل النكاح * وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق فانهم قالوا له حكم الفساد اجماعا * وقال مشايخنا له حكم الجواز * وانفقوا على قول ابى حنيفة انه لا يجرى الارث ويقضى بالنفقة ولا يسقط احصانه متى دخل بها * وانفقوا على قوله ايضا انه لو تزوج اختين في عقدة واحدة ثم فارق احدتهما قبل الاسلام ثم اسلم ان الباقية نكاحها على الصحة حتى يقران عليه * وقال ابو يوسف ومحمد هذا النكاح باطل في حقهم ولا يتعرض لهم بعقد الذمة لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائعة في ديارنا وهم من اهل ديارنا فثبت الخطاب في حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ الى الكل وانما في وسعه جعل الخطاب شائعا فيجعل شيوع الخطاب كالوصول اليهم الا ترى انهم لا يتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة في حقهم لتوارثوا بها * ولا يحنيفة ان الخطاب في حقهم كانه غير نازل لانهم يكدبون المبلغ ويترجمون انه ليس برسول الله ولا ولاية الالزام بالسيف او المحاجة وقد انقطعت بعقد الذمة فقصر حكم الخطاب عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر في حق من يعتقد رسالة المبلغ فاذا اعتقدوا ذلك بان اسلموا ثبت حكم الخطاب في حقهم بخلاف الارث فانه ثبت بالنص بخلاف القياس فيما اذا كانت الزوجة مطلقة بنكاح صحيح فيقتصر عليه ولانه ليس من ضرورة صحة النكاح التوارث فقد يمتنع التوارث باسباب كالرق واختلاف الدين ثم اذا رفع احدهما الى القاضى وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر باي ذلك * وعندهما يفرق بينهما لان اصل النكاح كان باطلا وترك التعرض للوفاء بالعهد فاذا رفع احدهما وانقاد لحكم الاسلام فرق بينهما كما لو اسلم احدهما فاسلام احدهما كاسلامها فكذا رفع احدهما كمرافعتها * وله ان اصل النكاح كان صحيحا ورفع احدهما الى القاضى ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر في ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده صار معارضا لاعتقاد الآخر فبقى حكم الصحة على ما كان بخلاف ما اذا اسلم احدهما لان الاسلام يعلى ولا يعلى فلا يكون اعتقاد الآخر معارضا لاسلام المسلم منها وبخلاف ما اذا ترافعا لانها انقادا لحكم الاسلام فثبت حكم الخطاب في حقهما بانقيادهما له * واليه اشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم بما انزل الله * وفي البسيط فاما اذا تزوج الكافر ذات رحم محرم منه من ام او بنت او اخت فانه لا يتعرض لهم في ذلك وان علم القاضى ما لم يرفعوا اليه الا في قول ابى يوسف الآخر ذكره في الطلاق ان يفرق بينهما اذا علم ذلك لما روى ان عمر رضى الله عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم عن الزنمة اذا اكلوا ولكننا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصرى ما بال الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المعارم واقتناء الخمر والخنازير فكذب اليه انما بدلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع ولست بمتبع والاسلام قوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه * فان قيل كيف يصح هذا التعميم والا وجود لنكاح البسلبية مع كافر كان * قلنا هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجات بالولد قوله والشافعى يخالفنا فيه للتعارض لان المعارضة تحققت بينهما واحدهما يوجب الحل والاخر يوجب الحرمة فيرجع المحرم على البسيع حتى لا يحل ذبيحته ولا منا كحة المسلمين قوله ونحن بينا الترجيح وهو قوله لان فيه نوع نظر له وذلك لانه لو قلنا بانه كتابي يحل اكل ذبيحته ويجوز منا كحته

كتاب النكاح (٣٧) باب نكاح الرقيق

(فاذا تزوج المجوسى امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما) لان نكاح المعارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفروق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح 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 يعلى ولا يعلى * ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتها كتحكيمها (ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة) لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغل 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 لمصلحه * (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 نظره اذ المجوسية شر منه والشافعى يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح (واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الاسلام فان اسلم فهي امراته وان ابى فرق القاضى بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابى حنيفة ومحمد وان اسلم الزوج وتحتته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امراته وان ابى فرق القاضى بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقا) وقال ابو يوسف لا تكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبا * وقال الشافعى لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا تعرض 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 يبنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصح سببا لها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء * وجه قول ابى يوسف

(الهداية مع الكفاية) ٦

قوله وان اسلم الزوج وتحتته مجوسية قيد بالمجوسية هنا واطلق في جانب الزوج حيث قال واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر لان النكاح لا يبقى مع كفر الزوج بالاباء عند اسلام المرأة اى كافر كان واما كفر المرأة عند اسلام الزوج فانما يوجب التفريق اذا لم يجر ابتداء النكاح مع ذلك الكفر كما في المجوسية واما اذا كانت كتابية يبقى النكاح بينهما كما يجوز ابتداءه وان ابى فرق القاضى بينهما فان لم تسلم المرأة حتى مات الزوج كان لها المهر كاملا دخل بها اولم يدخل لان النكاح منتد بالموت حيث لم يفرق القاضى بينهما فيتقرر به جميع المهر كذا في البسيط قوله فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق العدة عند الشافعى في الطلاق بالاطهار فكان ينبغي ان يقول الى انقضاء ثلثة اطهار لانه قال كما في الطلاق والعدة في الطلاق عنده بالاطهار قوله كما في الطلاق فان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعد الدخول لا يرفع الا بعد انقضاء العدة

قوله ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق من كل واحد منهما وهو لالباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمعزمية وملك احد الزوجين صاحبه **قوله** لم تقع الفرقة بينهما حتى تحيض ثلث حيض فان لم تكن من ذوات الحيض فتمتى بمضى ثلاثة اشهر **قوله** فاقمنها شرطها وهو مضى ثلث حيض لمان انقضاء ثلاث حيض شرط البيونة في الطلاق الرجعي فقام مقام السبب وهو تفريق القاضى عند ابيه الزوج الاسلام كما في حفر البئر فانه اذا وقع فيها انسان ولم يكن اضافة الحكم الى العلقوهى نقل الواقع لانه طبعى لاتعدى فيه اضيف الى الشرط وهو الحفر كذا هنا مست الحاجة الى الفرقة تخليصا للمسلمة عن ذل الكافر فاقمنها شرط البيونة في الطلاق الرجعي مقام عرض القاضى وتفريقه عند تعذر اعتبار العلة وهذه الحيض لاتكون عدة ولها يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم اذا وقعت الفرقة قبل الدخول بذلك فلاعدة عليها وان كان بعد الدخول بها والمرأة عربية فكذلك لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وان كانت هي المسلمة فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي واصل المسئلة في المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة او ذمية لم تلزمها العدة عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان تكون حاملا وعندهما تلزمها العدة **قوله** ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها اى في اشتراط مضى ثلث حيض للفرقة **قوله** والشافعى رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام هو يقول ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام احدهما في الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضى ثلاثة قروء فعنده لا يختلف الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه بنى الحكم على تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده **قوله** واذا خرج احد الزوجين اليها من دار الحرب مسلما وقعت البيونة بينهما خلافا للشافعى رحمه الله والخلاف فيما اذا خرج الزوجين مسلما غير مراغم واما اذا خرجت المرأة مراغمة مسلمة وقعت الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج واما اذا خرجت غير مراغمة لزوجها او خرج الزوج مسلما او ذميا تقع الفرقة لتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعى رحمه الله كذا في البسيط **قوله** له ان التباين اثره في انقطاع الولاية المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وعن ماله **قوله** كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن يعنى ان الحربي اذا دخل دارنا بامان او دخل المسلم دار الحرب بامان لاتثبت الفرقة وان كان تباين الدارين موجودا فعلم ان التباين ليس بسبب للفرقة **قوله** ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسيبى يعنى ان الحربي اذا سبى وعليه دين لآخر بطل بالسبى وهذا لان السبى سبب لملك ما يمتثل التملك وملك النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للسبى لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يتمتع لمحق الزوج وهو ليس بحق محترم ولهذا قلنا لو كانت المسيبية منكوحة للمسلم او ذمى لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم * واحتج هو ايضا **بقوله تعالى** والحصنات من النساء الا ما ملكت ايهاكم معناه ذوات الازواج من النساء فانها محملة لكم وانما نزلت الآية في سبايا او طاس وانما سبى ازواجهم معهن وحجنتنا في ذلك ان مع تباين الدارين لاتنتظم البصالح والنكاح شرع لمصالحه لالعينه فلا يبقى عند عدمها كالمحرمية اذا اعترضت على النكاح لا يبقى معها لفوات انتظام البصالح كذا هنا وهذا لان النى بقى في دارهم في حكم الميت في حق اهل دارنا الا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب جعل كاليت في حق قسمة المال بين ورثته

كتاب النكاح (٣٨) باب نكاح اهل الشرك

ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك * ولهما ان بالاباء امتنع الزوج عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينبوب القاضى منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينبوب القاضى منابه عند ابائها (ثم اذا فرق القاضى بينهما بابائها فلها المهر ان كان دخل بها) لتأكد المدخول (وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبهه الردة والمطالبة (واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحت مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها) وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنها شرطها وهو مضى الحيض مقام السبب كما في حفر البئر * ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعى يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة عربية فلاعدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما وسأيتك بيان ان شاء الله تعالى (واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى قال (واذا خرج احد الزوجين اليها من دار الحرب مسلما وقعت البيونة بينهما) وقال الشافعى لاتقع (ولو سبى احد الزوجين وقعت البيونة بينهما) بغير طلاق (وان سبىا معا لم تقع) وقال الشافعى وقعت فالخاصل ان السبب هو التباين دون السبى عندنا * وهو يقول بعكسه * له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبى يقتضى الصفاء للسبى ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسيبى * ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لاتنتظم المصالح فشابه المحرمية والسبى يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافى النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضى الصفاء في مجل

(عمله)

وعتق مدينته وامهات اولاده والنكاح لا يبقى بين الحى والميت بخلاف المستأمن منهم لان تباين الدارين حكما لم يوجد لتمكنه من الرجوع والمسلم المستأمن من اهل دارنا حكما والسبى سبب لملك الرقبة مالا فلا يكون مبطالا للنكاح كالشرى لان المملوك بالنكاح ليس بهال فلا يثبت فيه التملك بالسبى مقصودا لان تملك البضع مقصود بسببه فيختص بشرطه وهو الشهود وذا لا يوجد في السبى وانما يثبت الملك هنا تبعاً لملك الرقبة عند ذراغ المخل عن حق الغير واذا كان المخل مشغولا يتمتع الملك فيه لفوات الشرط وهو ان لا يكون حق الزوج مانعا وخروج الجواب عن قوله انه يوجب الصفاء لان الصفاء ثابت من الوجه الذى يعمل السبى فيه وهو ملك المال الا ترى ان ملك النكاح لو كان محترما لاتبطل النكاح مع تقرر السبى ولا صفاء ولو كان السبى منافيا للنكاح لمابقى النكاح لان المنافى اذا تقرر فالمعترم وغير المعترم فيه سواه كما تقرر بالمحرمية فاما الدين فان كان الدين على عبد فسبى

يسقط لانه لما صار عبدا والدين لا يجب على العبد الا شاغلا مالية رقبته فلا يكون ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد نعت ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي * فان قيل يجوز ان يكون الدين في ذمته بلا تعلق برقبته كالعبد يقر بدين * قلنا لا يجوز ذلك اي لا يجوز ان يثبت الدين في ذمته ولا يكون شاغلا لرقبته وانما لا يطالب اذا اقر لانه غير ثابت في حق المولى لان اقراره ليس بحجة عليه حتى اذا ثبت بالاستهلاك معاينة بيع فيه * وفي قوله حكما جواب عن قوله للحربي المستامن والسلم المستامن لان الحربي المستامن وان كان في دار الاسلام حقيقة ولكن هو في دار الحرب حكما لانه على نية الرجوع وكذلك في السلم المستامن حتى لو انقطعت نية الرجوع كان حكم التباين ثابتا في حقه فانه ذكر في البسوط ويستوى في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج احدهما **كتاب النكاح (٣٩) باب نكاح اهل الشرك**

عمله وهو المال لافي محل النكاح وفي المستامن لم تتباين الدار حكما لقصد الرجوع (واذا خرجت المرأة اليها مهاجرة جاز لها ان تتزوج ولا عدة عليها) عند ابي حنيفة وقالوا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام * ولاي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لحظره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية (وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها) وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبل من الزنا * وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتباطا قال (واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهى فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه * وابي يوسف مر على ما صلناه له في الاباء وابو حنيفة فرق بينهما ووجه الفرق ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع له فتعذر ان يجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريع بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة (ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة) لان الفرقة من قبلها قال (واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما) استحسانا وقال زفر يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردهما ردة احدهما * ولنا ما روى ان بنى حنيفة ارتدوا ثم اسلما ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين بتجديد النكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد

تعالى حرم ذوات الازواج مما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص كذا في البسوط قوله واذا خرجت المرأة اليها مهاجرة بان خرجت مسلمة او ذمية على نية ان لا ترجع الى ما هاجرت منه ابدا قوله لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام وانما قيد به احترازا عما لو طلقها الحربي ثلثا في داره ثم هاجرت فانه لا عدة عليها بالاجماع قوله ولا خطر لملك الحربي * فان قيل لو خرجت حاملا اعتدت بالاجماع ولو لم يكن لملكه خطر لما وجبت العدة في صورة الحمل * قلنا هناك لا تعتدوا ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولذا ثابت النسب وهذا كما قيل ان فراش ام الولد لا يمنع التزويج ولو كان في بطنها ولد لم يجز قوله واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق اي في الحال قبل الدخول وبعده * وقال الشافعي رحمه الله لا يقع بعد الدخول حتى تنقضى الاقراء كما قال في اسلام احد الزوجين * وقال ابن ابي ليلى لا تقع الفرقة بردة احدهما قبل الدخول وبعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهي امرأته وان مات او قتل على رده ورثته وجعل هذا قياس اسلام احد الزوجين ولكنها تقول الردة تنافي النكاح واعتراض السبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمة واما اختلاف الدين فعينه لا ينافي النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لا ينافي النكاح فان النكاح نعمة وبالاسلام تصير النعم محرمة له فلذلك لا تقع الفرقة هناك الا بقضاء القاضي كذا في البسوط * وذكر في المحيط اذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في الحال هذا جواب ظاهر الرواية واما بعض مشايخ بلخ وبعض مشايخ سمرقند كانوا يفتون بعدم الفرقة بارتداد المرأة حسبا لباب المعصية وعامتهم على انه تقع الفرقة الا انها تجبر على الاسلام والنكاح مع زوجها الاول لان الحسم يحصل بالجبر على النكاح مع الاول ومشايخ بخارا كانوا على هذا قوله وهو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وهو الامتناع عن الامساك بالمعروف قوله وابي يوسف رحمه الله مر على ما صلناه له وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان وابو حنيفة رحمه الله فرق ووجه ان الردة منافية لان الفرقة بالردة للتنافي لانها تنافي النكاح لبطلان اهليته او محليته او لبطلان العصمة عن نفسه واملاكه وبزوال عصمة املاكه بزوال النكاح لانها منها اولانها موت حكما لامر والمنافي لا يصالح مستفادا بالملك فلا يكون طلاقا ولانه يستفاد به قوله وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة * فلا قيل قوله ولا مهر مستقيم فما فائدة قوله ولا نفقة اذ المسلمة اذا كانت غير مدخولة ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها * قلنا قوله ولا نفقة راجع الى ما ذكر قبليه وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها ولكن لا نفقة لها لان الفرقة من قبلها قوله والارتداد منهم واقع

* ٦

معالجهالة التاريخ جواب لسؤال وهو ما ذكره فخر الاسلام رحمه الله في بسوطه فان قيل ان ارتدادهم ما كان جملة بالاجماع فكيف يستقيم التعلق به * قلنا عند جهالة التاريخ بالتقدم والتأخر يجعل في الحكم كانه وجد جملة ولان ردهم كانت لمنع الزكوة على اعتقاد انها ليست بواجبة والمنع كان قائما بالمنعة جملة فصار بمنزلة فعل واحد فلا يوصف بالتقدم والتأخر * وفي البسوط والمعنى فيه انه لم يختلف لهما دين ولا دار فبقى ما كان بينهما على ما كان * والفقه فيه ان وقوع الفرقة عند ردة احدهما لظهور خبثه عند المقابلة بطيب المسلم فاذا ارتدا معا لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه يقابل الخبث بالخبث واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان عدة الغير تنبع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء فان اسلم احدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الا ان عند المقابلة بطيب الاخر حتى ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذي اسلم فلا شيء لها لان الفرقة من جانب من اصر على الردة فان اصره بعد اسلام الاخر كان اشياء الردة

الارتداد معافسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه
مناقى كابتدائها

باب القسم

وإذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما
فى القسم بكرين كانتان او ثيبين او كانت احديهما بكرا
والآخر ثيبيا) لقوله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان
ومال الى احديهما فى القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل * وعن
عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يعدل
فى القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمى فيما املك
فلانؤ اخذنى فيما لا املك يعنى زيادة المحبة ولا فصل فيما رينا
(والقديمة والجديدة سواء) لاطلاق ماروينا ولان القسم من
حقوق النكاح ولانفاوت بينهن فى ذلك والاختيار فى مقدار
الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها
والتسوية المستحقة فى البيونة لافى الجامعة لانها تثبتنى على
النشاط (وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان
من القسم وللامة الثلث) بذلك ورد الاثر ولان حل الامة
انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان فى الحقوق *
والمكاتب والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم
قال (ولا حق لهن فى القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن
شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها)
وقال الشافعى القرعة مستحقة لما روى ان النبى صلى الله
عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول
ان القرعة لتطبيب قلوبهن فكان من باب الاستحباب وهذا
لانه لاقى للمرأة عند مسافرة الزوج الابرى ان له ان لا يستصحب
واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه
بتلك المدة (وان رضيت احدى الزوجات بتسوية قسمها
لصاحبها جاز) لان سودة بنت زمعة رضى الله عنها سألت
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها
لعائشة رضى الله عنها (ولها ان ترجع فى ذلك) لانها اسقطت
حقا لم يجب بعد فلا يسقط

باب القسم

قوله واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل
بينهما فى القسم * اعلم ان الزوج مأمور بالعدل فى القسمة
بين النساء بالكتاب قال الله ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين
النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل معناه لم تستطيعوا
العدل والتسوية فى المحبة فلا تميلوا فى القسمة وبالسنة وهى
ما ذكر فى الكتاب والجديدة والقديمة والمسلمة والسكتانية
والمراهقة والبالغة والعاقلة والمجنونة سواء فى القسمة *
وقال الشافعى رحمه الله ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع
ليال وان كانت ثيبا فبثلث ليال ثم التسوية لان القديمة
قد الفت صحبته والجديدة لا يفضلها بزيادة الصحة وللنكر
زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال * ولنا اطلاق ما
تلونا وروينا ولان القسمة من حقوق النكاح وقد ثبت
الاستواء فى ذلك والقديمة اولى بالفضل لان الوحشة فى
جانها اكثر حيث ادخل عليها من يغيطها ولان للقديمة
زيادة حرمة بالخدمة والواجب عليه العدل فى القسمة فان
عاد للرجوع بعد ما نهاء القاضى او جعه عقوبة وامره بالعدل
لانه اذا اساء الادب فيما منع وارتكب ما هو حرام عليه
وهو الجور فيعزر فى ذلك وامر بالعدل هذا اذا كانت
له امرأتان اما اذا كانت له امرأة واحدة يؤمر الزوج بان
يراعى قلبها ويبيت معها احيانا من غير ان يكون فى ذلك
شىء موقت فى ظاهر الرواية * وروى الحسن عن ابى حنيفة
اذا كان للرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام او
بصحة الامة فخاصته فى ذلك قضى القاضى لها بليلة من
كل اربع ليال لمحدث كعب بن سور وهو ان امرأة جاءت
الى عمر رضى الله عنه فقالت ان زوجى يصوم بالنيهار ويقوم
بالليل قال نعم الرجل زوجك فاعادت كلامها مرارا فى كل
ذلك يجيبها عمر بها فقال كعب بن سور يا امير المؤمنين
انما تشكو زوجها فى انه هجر صحبتها فتعجب عمر من
فطنته فقال عمر ارض بينهما فقال اراها احدى نسائه الاربع
له ثلثة ايام ولياليون ولها يوم وليلة * ووجه ظاهر الرواية
ان القسمة والعدل انما يكون عند المراهمة ولا مراهمة هنا
حين لم يكن فى نكاحه الا واحدة وهذا لان عند المراهمة
يلحق كل واحدة منهما المغايظة بمقامه عند الاخرى فتستحق
عليه التسوية ولا يجب ذلك عند عدم المراهمة فان رضيت
احدى الزوجات بتسوية قسمها لصاحبها جاز لما روى انه
عليه السلام قال لسودة حين اسنت اعتدى فسئلته لوجه
الله ان يراجعها ويجعل نوبتها لعائشة رضى الله عنها لان
يحشر يوم القيمة مع ازواجه وفيه نزل قوله تعالى وان
امرأة خافت من بعلها نشورا او اعراضا الآية * ولها ان يرجع
فى ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط لان
الاسقاط انما يتحقق فى التوامم فيكون رجوعها امتناعا
فصار بمنزلة العارية وللبعير ان يرجع فيها متى شاء لما
قلنا فكذا هنا كذا فى مبسوط شيخ الاسلام

كتاب الرضاع هو في الشرع عبارة عن مص شخص مخصوص اي الطفل من ثدي مخصوص اي ثدي الآدمية في وقت مخصوص على حسب ما اختلف فيه **قوله** قليل الرضاع وكثيره سواء* وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتبني الصبي بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا تحرم المصاة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الا ملاجتان ثم الحديث بنفسه لا يصلح متمسكا له الا لثني مذهبا وهو ثبوت حرمة الرضاع وان قل الارتضاع لكن لما انتفى مذهبا ثبت منه ضرورة لعدم القائل بالفصل اي بين القليل وبين خمس رضعات* وقول من قال من اصحاب الظواهر بثلاث رضعات غير معتبر فلا يقدح في وجه التمسك* وفي الكافي للعلامة النسفي كتاب

الرضاع

(٤١)

كتاب

كتاب الرضاع

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلوة والسلام لا تحرم المصاة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان* ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية واخوانكم من الرضاعة وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع لما تبين (ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة وقال استنابن) وهو قول الشافعي وقال زفر ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما تبين فيقدر به* ولهما **قوله تعالى** وحمله وفضاله ثلثون شهرا ومدة الحمل اذناها ستة اشهر فبقى للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد حولين* وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شبيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكما لهما كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقى 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 يغيره غذاء الرضيع كما يغيره غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب

اي على نفي مذهبا واثبات مذهبه لان المصاة داخل في المصتين كقوله لا اكله يوما ولا يومين فان اليمين ينتهي بيومين بخلاف قوله لا اكله يوما ويومين حيث لا ينتهي الا بثلاثة ايام فكانه قال لا يحرم المصتان ولا الاملاجتان فانفتحت الحرمة عن اربع رضعات بهذا الحديث والخمس محرمة اجماعا ويتمسك ايضا بما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت كان فيما انزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من فسنخن بخمس رضعات معلومات وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعد ذلك* ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية اثبت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لا يثبت بخبر الواحد وفي حديث على رضى الله عنه الرضاع قليلا وكثيره سواء يعني في ايجاب الحرمة ولان هذا سبب من اسباب التحريم فلا يشترط فيه العدد كالوطي* واما حديث عائشة رضى الله عنها فضعيف جدا لانه ان كان متلوا بعد رسول الله عليه السلام ونسخ التلاوة بعد رسول الله عليه السلام لا يجوز فلما ذا لا تتلى الآن وذكر في الحديث دخل داجن البيت واكله وهو يقوى قول الرواض فانهم يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله عليه السلام ولم يثبت الصحابة في المصحف وهو قول باطل بالاجماع* ثم لو ثبت هذا الحديث انما يكون ثبوته في الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا لما ان انبات اللحم وانشار العظم في الكبير لا يحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساخ حكم ارضاع الكبير كذا في المتوسط **قوله** وما رواه مردود بالكتاب فقد روى عن عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما انه قيل له ان ابن الزبير رضى الله عنهما يقول لا تحرم المصاة ولا المصتان فقال ابن الزبير رضى الله عنهما قضاء الله تعالى اولى من قضاء ابن الزبير فرد عليه قوله لمخالفته اطلاق **قوله تعالى** وامهاتكم اللاتي ارضعنكم او منسوخ به فقد روى انه قيل لابن عباس رضى الله تعالى عنه ان الناس يقولون الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ **قوله** قام المنقص في احدهما اي في حق الحمل والمنقص حديث عائشة رضى الله تعالى عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل* فان قيل في التنقيص معنى التغيير والزيادة على النص تغيير* ووجب الكتاب خبر الواحد كما لا يصح تخصيصه ابتداء بخبر الواحد لما فيه ان نوع تغيير قلنا نعم كذلك الا ان الكتاب مأول والآية المأولة في اثبات الحكم بمثل القياس* وانما قلنا ذلك

لان فخر الاسلام رحمه الله جعل الاجل المضروب للمهتين متوزعا عليهما وكذلك عامة اهل التفسير* وروى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لسته اشهر فجي بها الى عثمان رضى الله عنه فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضى الله عنه ان خاصيتكم بكتاب الله تعالى خصمتمكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفضاله ثلثون شهرا وقال والولادات يرضعن اولادهن حولين كاملين فجمعه ستة اشهر وفضاله حولان فتركها كذا في التيسير **قوله** فان غذاء الجنين يغيره غذاء الرضيع* فان الولد يبقى في البطن ستة اشهر ويتغذى بغذاء الام ثم ينفصل ويصير اصلا في الغذاء

قوله وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم اولم يفطم وقال بعض الناس الكبير والصغير سواء في حكم الرضاع واحتجوا بظاهر النصوص ويقول عائشة رضی الله عنها حتى كانت اذا اردت ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم او بعض بنات اختها ان يرضعه خيسا ثم كان يدخل عليها الا ان غيرها من نساء رسول الله عليه السلام كن يأتين ذلك ويقلن لانرى هذا من رسول الله عليه السلام الارخصة لسهولة خاصة حيث قال لها رسول الله عليه السلام ارضعي سألها خيسا تحرمين بها عليه ولكننا نقول انتسخ هذا الحكم بقول رسول الله عليه السلام الرضاع ما انبت اللحم وانشر العظم وذلك في الكبير لا يحصل والصحابة اتفقوا على هذا وروى ان ابا موسى الاشعري رضی الله تعالى عنه سئل عن رضاع الكبير فاجاب الحرمة ثم اتوا عبدالله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى الاشعري حلف ان لا يفتي مادام عبدالله فيهم * وفي رواية فقال ابو موسى الاشعري لا تسألوني مادام هذا الخبر بين اظهركم **قوله** الا ام اخته من الرضاعة قوله من الرضاعة جاز ان يتعلق بالام وجاز ان يتعلق بالاخت وجاز ان يتعلق بهما اما صورة تعلقه بالام فهي ان يكون لرجل اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعة * واما صورة تعلقه بالاخت فهي ان تكون لرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب * واما صورة تعلقه بهما فبان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدى امرأة اجنبية وللصبيته ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضعا * وذكر في المحيط قال اصحابنا رحمهم الله وما يتعلق به التحريم في النسب يتعلق بالرضاع الا في مسألتين احدهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج ام اخته من النسب ويجوز في الرضاع وانما كان كذلك لان في النسب اذا كان اخوين لام فام الاخ امه وان كانا اخوين لاب فام الاخ امرأة ابيه وهذا معدوم في الرضاع والمسئلة الثانية فانه لا يجوز للرجل ان يتزوج اخت ابنه من النسب ويجوز في الرضاع وانما يكون كذلك لان اخت ابنه من النسب ان كانت منه فهذه بنته وان لم تكن منه فهي ريبيته * وهذا المعنى لا يتأتى في الرضاع حتى ان في النسب لولم يوجد احد هذين المعنيين فانه يجوز بان كانت جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه حتى يثبت النسب منهما ولكل واحد منهما ابنة من امرأة اخرى جاز لكل واحد من الموليين ان يتزوج بابنة شريكه وان كان كل واحد من الموليين متزوجا باخت ابنه من النسب وفي غير هاتين المسألتين حكم الرضاع وحكم النسب سواء **قوله** ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آباءه وابنائهم ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن اب للرضعة وامه جدة وابنه اخا وبنته اختا واخوه عما واخوته عمه حتى لو كان للرجل امرأتان ولدتا منه فارضعت كل واحدة منهما صبيا صاروا اخوين لاب وان كان احدهما انثى لا يحل النكاح بينهما وان كانتا اثنتين لا يحل الجمع بينهما لانهما اختان من اب وان كان لرجل امرأة واحدة فولدت منه فارضعت صبيا صاروا اخوين لاب وام ولا يحل لهذا الموضع امرأة وطئها الزوج ولا للزوج امرأة وطئها الرضيع **قوله** ولنا ماروينا وهو يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله عليه السلام لعائشة رضی الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة فالعم من الرضاع لا يكون الامن لبن الفحل ثم المراد من لبن الفحل لبن حدث من حمل رجل فذاك اب الرضيع * وفي النهاية للعلامة السفناتي رحمه الله وتفسير ذلك ما ذكره في النخيرة والمحيط فقال امرأة ولدت من زوج وارضعت ولدها ثم ييس ثم درلها اللبن بعد ذلك فارضعت صبيا لهذا الصبي ان يتزوج بابنة هذا الرجل من غير هذه المرأة قال وليس هذا بلبن الفحل وكذلك اذا تزوج امرأة ولم تلد منه قط ثم نزل لها اللبن فان هذا اللبن من هذه المرأة ولو نزلت من امرأة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبيا لا يجوز لهذا الزاني ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنته ولا لابناء اولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وابن هذا الزاني **قوله** ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه ولا يلزم على هذا ما اذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن ولا يتغنى به الصبي **قوله** وكل صبيين اجتمعا على ثدى واحد او ثدى امرأة واحدة

قال (واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) لقوله صلى الله عليه وسلم لارضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة اذ استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء * وهل يباح الارضاع بعده المدة * فقيل لا يباح لان اباعته ضرورة لكونه جزء الآدمي قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) للحديث الذي روينا (الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز) ان يتزوج ام اخته (من النسب) لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لها وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع (وامرأة ابيه او امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لها روينا وذكر الاصحاب في النص لاسقاط اعتبار التبنى على ما بيناه (ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آباءه وابنائهم ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للرضعة) وفي امد قول الشافعي لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعض ولنا ماروينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضی 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 (وكل صبيين اجتمعا على ثدى امرأة واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالآخرى) هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت

(ولا)

(ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد النسي ارضعت) لانه اخوها (ولا ولد ولدها) لانه ولد اخيها (ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة) لانها عنته من الرضاعة (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 وقال اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم * قال رضى الله عنه قولهما فيما 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 ولا في حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذية بالطعام اذ هو الاصل (وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم) لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول (واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتبارا للغالب كما في الماء (واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف) لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه (وقال محمد) وزفر (يتعلق التحريم بهما) لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشاة لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود * وعن ابي حنيفة في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان (واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم) لاطلاق النص ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية (واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فوجر به الصبي تعلق به التحريم) خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انها هو المرأة ثم تعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محللا لها ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة * ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشار والابنات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميت دفنا وتيمينا اما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

قوله ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد النسي ارضعت في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية ومن ولد التي ارضعت على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ * وفي نسخة اخرى ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية * وهذا ايضا صحيح ونسختان اخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة او مفعولة على ما ذكرنا ولكن على هذين التقديرين لا بد ان يكون من الولد التي ارضعت معرفا باللام **قوله** واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وكذا لو خلط بالدواء او بلبن البهيمة فالعبرة للغالب وفسر الغلبة محمد رحمه الله فقال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لاثبت * وقال ابو يوسف رحمه الله ان غير طعم اللبن ولو نه لا يكون رضاعا وان غير احدهما دون الآخر يكون رضاعا * وقيل على قول ابي حنيفة رحمه الله اذا جعل اللبن في دواء او خلط بالماء لاثبت الحرمة بكل حال كذا في فتاوى قاضيخان **قوله** وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم * وقال الشافعي رحمه الله قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة كذا في المبسوط لانه موجود فيه حقيقة وذلك القدر لو وصل بنفسه يثبت به التحريم فكذا اذا كان معه غيره * ولنا ان المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب كما في اليمين فانه لو حلق ان لا يشرب اللبن فشرب لبنا مغلوبا بالماء لا يثبت **قوله** ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم اذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت في حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة * والاصح انه لا تثبت على كل حال عنده لان التغذية كان بالطعام دون اللبن كذا في المبسوط **قوله** واذا اختلط لبن امرأتين الى ان قال وعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية اعتبر الغالب كما هو قول ابي يوسف رحمه الله وفي رواية تثبت الحرمة منهما كما هو قول محمد رحمه الله واصل المسئلة في الايمان وهو ما اذا حلق لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى وشربه فهو على هذا الخلاف **قوله** واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فارضعت الصبي تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يعزم اذا حلب بعد الموت بخلاف ما اذا حلب قبل الموت فشربه بعد الموت فانه تثبت به الحرمة لان اللبن كان محللا قبل الحكم عند حدوثه فتعلق الحكم به ولم يبطل ذلك بموت من انفصل منه اما اذا انفصل بعد الموت فلم يحدث اللبن على وجه يتعلق به الحكم فصار كلبن البهيمة اذا ارتضع صبيان منه **قوله** وهذه الحرمة تظهر في الميت دفنا وتيمينا هذا جواب عن حرف الخصم وبالموت لم يبق محللا فقال تظهر هذه الحرمة في الميت دفنا وتيمينا بان كانت المرضعة ذات زوج فان زوجها صار محرما لهذا الميت بالصهرية بسبب هذا الاجاز * وقيل هذه المسئلة بناء على ان الفعل الحرام لا يصلح سببا للكرامة عنده كالوطء الحرام لا يوجب حرمة المصاهرة عنده وعندنا يصلح سببا باعتبار ان سبب الجزئية لا باعتبار انه حرام فكذا هنا اجاز لبن الميت حرام فلا تثبت به الحرمة عنده وعندنا ثبوت الحرمة باعتبار انه معد للصبي لا باعتبار انه حرام

قوله واذا احتقن الصبي باللبن الصواب واذا احتقن قوله واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع بينهما لانه لا جزئية بين الأدمى والبهايم لان الاختية لا تكون الا بعد الامية والبهيمة لا تتصور ان تكون اما للأدمى ولان الامية هنا تتصور ولان فكذا رضاعا * وكان محمد بن اسماعيل رحمه الله صاحب الحديث يقول تثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارا في زمن الشيخ ابي حفص الكبير رحمه الله وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فلست هناك فاي ان يقبل نصيحته حتى استفتى عن هذه المسئلة اذا ارضع صبيان بلبن شاة فانتسى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا بسبب هذه الفتوى قوله فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ثم ان كان قبل الدخول بالكبيرة جاز له ان يتزوج بالصغيرة لانها ربيبة ولم يدخل بابها ولا يتزوج الكبيرة ابدا لانها ام امرأتها من الرضاع كذا في الايضاح قوله وللصغيرة نصف المهر

كتاب

الرضاع

(واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم)
وعن محمد انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم * ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فاما المحرم في الرضاع في معنى النشور ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذى وصوله من الاعلى (واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيالم يتعلق به التحريم) لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشور والنمو * وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة (واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم) لانه لا جزئية بين الأدمى والبهايم والحرمة باعتبارها (واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجامع بينهما نسبا (ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها (وللصغيرة نصف المهر) لان الفرقة وقعت لامس جبهة والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلا غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها (ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة امرأته) وعن محمد انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعوا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال اولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انها تكون متعديا اذا عملت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعديا

وقال مالك رحمه الله لا يجب لان الفرقة جاءت من قبلها بان صارت بنتا للكبيرة فسقط مهرها كما سقط مهر الكبيرة بان صارت امها الا ترى ان مهر الكبيرة يسقط وان قصدت الحسبة بان خافت الهلاك على الصغيرة * وانا نقول ان هذه الفرقة لما صارت سبب ضمان واستقامت الاضافة الى اسم الامية والبنتية اضافها الى الامية التي في الام لانها هي المخاطبة دون البنت كذا في الاسرار قوله والارتضاع وان كان فعلا منها جواب سؤال بان يقال علة الفرقة ارتضاع الصغيرة والاقام سبب والحكم يضاف الى العلة لالى السبب * وذكر الامام التمر تاشي رحمه الله لا يقال لولا امتصاصها ما جاءت الفرقة قيل له هي مجبورة على ذلك بحكم الطبع والكبيرة في القام الثدى في فيها مختارة فاضيف الفساد اليها كمن التى حية على انسان ولدغته ان الضمان على الملقى لان اللدغ لها طبعى حتى ان الصغيرة لو جاءت الى الكبيرة وهي نائمة فارضعت باننا ولكل واحدة نصف المهر ولا يرجع الزوج على احد * فان قيل يشكل هذا بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابوها ولحقها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل منها * قيل له الردة محظورة لا اباحة لها بحال عن الاحوال وانها معنى قام بها حكما بخلاف الارتضاع لانه لا يحظر له * فان قيل يشكل هذا برجل تزوج امرأة ولم يدخل بها حتى جاء رجل وقتلها يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع القاتل بشيء مع ان القتل محذور * قلنا القصاص في العمد احد موجبي القتل وكذا الدية في الخطأ فلا يستوجب شيئا آخر بسبب قتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يتضاعف حقه واما الزوج فيما نحن بصدده فلا نصيب له ضمن شيء فيضمن ما تلف عليه وهو نصف الصداق كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الاسرار في جواب سؤال الردة فقال لا يمكن اضافة الفرقة الى ردة ابويها فان ردتها في الجملة تنفصل عن ردتها ولا تبين هي بردتها وانما تبين بردة نفسها فكانت الفرقة ليعنى فيها ثم قال في الاسرار هذه مسئلة مشكلة قوله ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد لانها بالارضاع اكدت ما كان على شرف السقوط بان قبلت ابن زوجها بعد ما صارت مشتتة وقد اكدته بالارضاع فتضمن نصف المهر كما في شهود الطلاق وكما لو زنى بامرأة ابيه قبل الدخول بها تقع الفرقة بينهما ويقضى على الاب بنصف الصداق ويرجع به على ابنة * وذكر الامام المحبوبي رحمه الله لا يرجع الاب على الابن وان كان قال الابن تعمدت فساد النكاح لما انه وجب عليه حد الزنا فلا يفرم شيئا آخر واما لو قبل الابن امرأة ابيه وقال تعمدت فساد النكاح يرجع الاب بها وجب عليه من نصف الصداق على الابن لان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفس والاصطبل وحل قيده الأبق موجبا للضمان وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسيب على قوله وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع عليها به مهر مثل المنكوحه لانها اتلفت ملك نكاحها وملك النكاح عنده مضمون بالاتلاف حتى قال في شاهدي لطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا مهر المثل كذا في المبسوط قوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة جواب لسؤال يرد على قوله لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر فلا يكون ملزم ما على الزوج شيئا فقد انتقض قولك بوجود نصف المهر عند الافساد فلعل بهذا ان الافساد ملزم على الزوج * فاجاب عنه بان نصف المهر يجب بطريق المتعة والهمة يجب ابتداء بالنص بقوله تعالى ومتعوهن لا يبقطن العقد فان العقد قد انفسخ قبل الاستيفاء فصار كالمبيع قبل القبض وهو لا يوجب على المشتري شيئا فكذلك ههنا

(لانها)

قوله لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لانكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد للدفع الحكم (ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما تثبت بشهادة رجلين اورجل وامرأتين) وقال مالك تثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة الجوسى * ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين اورجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرأ دينيا *

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

قال (الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعى فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها) لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فان هذا افضل عندهم من ان يطلقها الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة (والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة 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 صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضى الله عنهما ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجد الرغبة وهو الطهر الحالى عن الجماع فالحاجة كالمكررة نظرا الى دليلها * ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احتراما عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربها 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) وقال الشافعى رحمه الله كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق * ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث

كتاب الطلاق

هو اسم بمعنى التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان ومصدر من طلقت المرأة بالضم كالجمل من جمل وبالفتح كالفساد من فسد والتركيب يدل على الحل والالاختلال ومنه اطلقت الاسير اذا حلت اسارته فخليته واطلقت الناقة من العقال وطلقت بالفتح وناقاة طالق لا قيد عليها * ثم الطلاق على نوعين سنى وبدعى فالسنى نوعان سنى من حيث العدد وسنى من حيث الوقت والبدعى نوعان بدعى بمعنى يعود الى العدد وبدعى بمعنى يعود الى الوقت فالسنى من حيث العدد نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها قوله واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقن ولم يقل احد بكراهته بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك رحمه الله قوله وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد * وقال الشافعى رحمه الله كل طلاق مباح ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل كل ذلك مباح ويقال ايقاع الثلث جملة سنة حتى اذا قال لامرأته انت طالق ثلثا للسنة وقع الكل في الحال عنده

وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لانتفاي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثلثين في طهر واحد بدعة لها قلنا * واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البيونة وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا (والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد تستوى 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 تفتت الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض) خلافا لزرر رحمه الله هو يقسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لانقل بالحيض مالم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر قال (واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى) لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائى يؤسن من الحيض الى ان قال واللائى لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابى حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال (ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) وقال زرر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتت الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر * ولنا انه لا يتوهم الجبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتهه وجه العدة والرغبة وان كان تفتت من الوجه الذي ذكر

قوله وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في حال يبيل قلبه اليها وهو الطهر الخالي عن الجماع والطهر الثاني والثالث نظير الاول في كونها دليل الرغبة تصارت الحاجة كالمتكررة بالنظر الى دليلها * قوله والحاجة في نفسها باقية لانها قد تحتاج الى ان يحسم باب النكاح لتخلص عنها بالكلية لانه ربما يهواها ويميل طبعه اليها مادام سبيل الوصول اليها ثابتا فيقع في عهدتها فامكن تصوير الدليل عليها قوله لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وهو قوله لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية او الدنيوية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلا حاجة الى الجمع بين الثلث والخلع سنى وان كان في حالة الحيض لانه قد يحتاج الى المعادة لان الله تعالى قال فلا جناح عليهما فيما افتنت به قوله والسنة في العدد تستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها اي السنة في العدد وهو ان يطلقها واحدة فان كانت في المدخول بها في طهر لم يجامعها فيه يكون سنيا في العدد والوقت وان لم يكن كذلك فهو سننى في العدد لاني الوقت فيكون سنيا في العدد مطلقا قوله ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لانقل بالحيض * فان قيل ينبغى ان يكون الطلاق في حالة الحيض مكروها في غير المدخول بها ايضا لقول النبي عليه السلام لعمر رضى الله عنه ان ابنك اخطأ السنة فالعبرة لعوم اللفظ وهو الطلاق في حالة الحيض فتعم المدخول بها وغير المدخول بها * قلنا كان كذلك في حق المدخول بها بدليل آخر الحديث وهو قوله مرة فليراجعها قوله الى ان قال واللائى لم يحضن اي من الصغائر اللاتي لم يبلغن واللاتى يبلغن بالنسب كذلك اي يعتدون بثلاثة اشهر كذا في التيسير قوله والاقامة في حق الحيض خاصة اي لاني حق الحيض والطهر * وفي البسوط وقد ظن بعض اصحابنا رحمهم الله ان الشهر في التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض يتقدر به الاستبراء ولو كانت الاقامة باعتبارها لكان ينبغى ان يقدر الاستبراء بعشرة لانه اكثر الحيض هذا لان المعتبر في ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخل الطهر وفي الشهور يندم هذا المعنى فكان الشهر مقام ماهو المعتبر في حق ذوات الاقراء * فان قيل لما اقيم الشهر مقام الحيض فاذا وقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا الطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض * قلنا الخلق تبع للاصل بحاله لا بداته اي لا يقوم مقامه في جميع الوجوه فان الشهر في حق الأيسة طهر حقيقة وانما اقيم الشهر مقام الحيض في حق انقضاء العدة والاستبراء * وذكر شيخ الاسلام فلو كانت الاشهر بدلا عن الاقراء في حق جميع الاحكام لكان الطلاق بعد الجماع محرما كما في حق ذوات الاقراء فلما لم يحرم علم ان الاشهر قامت مقام الحيض في حق تعلق انقضاء العدة بها لا غير قوله وان كان في وسطه اي وان كان ايقاع الطلاق في وسط الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر كل شهر بالايام وذلك ثلثون يوما قوله ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان * قال شمس الاثمة الحلواني رحمه الله وكان شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والجبل وانما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض او الجبل فالفضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر كذا في المحيط

لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطى غير
معلق فرارا عن مؤن الوالد فكان الزمان زمان رغبة فصار
كزمان الجبل (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لانه
لايؤدى الى اشتباه وجه العدة وزمان الجبل زمان الرغبة
في الوطى لكونه غير معلق او يرغب فيها المكان ولده منها فلا تنقل
الرغبة بالجماع (ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين
بشهر عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد) وزفر (لا يطلقها
للسنة الا واحدة) لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد
الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس
من فصولها فصار كالممتد طهرها وهما ان الاباحة بعلة الحاجة
والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان
تجدد الرغبة على ما عليه الجبل السلية فصاح علما ودليلا بخلاف
الممتد طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها
في كل زمان ولا يرجى مع الجبل (واذا طلق الرجل امرأته
في حالة الحيض وقع الطلاق) لان النهى عنه لمعنى في
غيره وهو ما ذكرناه فلان عدم مشروعيته (ويستحب له ان
يراجعها) لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه مر ابنك
فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث
على الرجعة * ثم الاستحباب قول بعض المشايخ * والاصح انه
واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع
اثره وهو العدة ودفع اضرر تطويل العدة قال (فاذا طهرت
وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها قال وهكذا ذكر
في الاصل * وذكر الطحاوى انه يطلقها في الطهر الذي يلي
الحيضة الاولى * قال ابو الحسن) الكرى (ما ذكره قول
ابى حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما) ووجه المذكور
في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل
هنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تجزى فتتكامل
وجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار
كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه
(ومن قال لامرأته وهى من فوات الحيض وقد دخل بها
انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهى طالق عند كل طهر تطليقة)
لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لاجماع فيه

قوله لكن تكثر من وجه آخر * فان قيل
تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا
بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق
الحظر لما مر فحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها
كما في ذوات الحيض * قلنا الطهر زمان الرغبة فلما عارضه
فتور الرغبة بالجماع تساوى فترجمت جهة الرغبة بعد
تعارضها لكون الوطى غير معلق * او تقول تعارض
الفتور بالجماع مع الرغبة المعينة وهى الرغبة في وطى غير
معلق فبقى نفس الرغبة باعتبار ان الزمان زمان الطهر وذلك
لان انتفاء المعين لا يوجب انتفاء المطلق فنفس الرغبة
كافية لنفي الكراهة لصلاحيتها لدليل الحاجة قوله قد
ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة وهى الاشهر او الحيض
والشهر في حق الحامل ليس من فصولها قوله يرجى مع
الجبل اى لا يرجى تجديد الطهر مع الجبل لان الحيض غير
ممكن فلا يمكن الطهر قوله وهو ما ذكرنا اشارة الى
قوله لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق قوله
عملا بحقيقة الامر وهو قوله عليه السلام لعمر رضى الله تعالى
عنه مر ابنك فليراجعها * لا يقال بهذا الامر يثبت الوجوب
على عمر بان يأمر ابنه بالمراجعة فكيف تثبت المراجعة
بقول عمر رضى الله عنه * لانا نقول فعل النائب كفعل
المنوب فصار كان النبي عليه السلام امر فثبت به الوجوب
قوله ورفعا للمعصية بالقدر الممكن بالمعصية الايقاع
ولا يمكن رفعه فيوقع اثره حتى لا تبين بطلاق محظور
قوله وجه المذكور في الاصل ان السنة يفصل بين كل
طلاقين بحيضة * فان قيل هذا خلاف النص لان النص
وهو قوله عليه السلام ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا
وهو غير متعرض طهرا طلقها في الحيض الذى قبله اولم
يطلقها فيه * قلنا الطهر مع الحيض المتصل به فصل واحد من
فصول العدة والطلاق في الحيض كالطلاق في الطهر المتصل
به فلوطلقها في الطهر حقيقة لم يكن له ان يطلقها في ذلك
الطهر ثانيا على وجه السنة فكذلك اذا طلقها في الحيض
المتصل به * وروى في بعض الروايات انه عليه السلام قال
لعمر رضى الله عنه مر ابنك فليراجعها ثم ليدعها حتى تطهر
ثم تحيض فتطهر ثم يطلقها وفسر الطلاق السنى في الزيادات
بان يطلقها في طهر خال عن الجماع والطلاق

قوله وان نوى ان تقع الثلث الساعة وقعت عندنا لما قلنا وهو انه محتمل لفظه لانه سنى وقوعه من حيث ان وقوعه بالسنة لما روى انه عليه السلام قال من طلق امرأته الفا بانت بثلث والباقي رد عليه * فان قيل لما كان اللام هنا للوقت كان تقدير كلامه انت طالق ثلثا اوقات السنة فلو قال هكذا ثم نوى ايقاع الثلث جملة الساعة لا يصح بل يقع متفرقا في ثلثة اطهار فيجب ان يكون ههنا كذلك * قلنا الفرق بينهما ان اللام ليس بصريح في الوقت بل يحتمله فيترجح جانب الوقت بذكر السنة ومطلق السنة ينصرف الى الكامل وهو السنة وقوعا وايقاعا فلذلك انصرف اليه عند عدم النية واما جازب احتمال ان لا يكون اللام للوقت فباق فيترجح عند نيته ان تقع جملة فكان ذكر السنة منصرفا الى نيته وقوعا واما عند التصريح بالوقت لم يحتمل غير وقت السنة فانصرف لذلك الى وقت السنة كاملا وهو ان يكون وقوعا وايقاعا وهو انما يكون عند التفريق على الاطهار

(٤٨)

كتاب الطلاق

قوله فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت لان عموم الوقت في الحال محال والثلث انما تثبت في ضمن عموم الوقت فاذا بطل المتضمن وهو قوله للسنة بقى قوله انت طالق وفيه لاتصح نية الثلث فاما اذا نص على الثلث وبطل قوله للسنة بنية الثلث في الساعة بقى قوله انت طالق ثلثا فتقع الثلث * وفي الشافى وفي الاصل تصح لان بنيته لا تبطل دلالة اللفظ على العدد فعند النية يصير المحتمل كالمفروض

فصل

قوله ويقع طلاق كل زوج ولا ينتقض هذا بالحاق الباقين لان ذلك اثبات الثابت حتى لو كان صريحا يقع ولانه لم يقل كل طلاق كل زوج بل قال يقع طلاق كل زوج وطلاق هذا الزوج مما يقع في الجملة بدليل وقوعه قبل ثبوت البينونة ولانه ليس بزواج مطلقا قوله لقوله عليه السلام كل طلاق جائز المراد من الجواز هنا النفاذ كما في البيع وغيره ونفاذه انما يكون بالوقوع ولم يرد بالجواز ضد الحرمة لانه قال الاطلاق الصبي والمجنون وفعالها فيما يرجع الى المعاملات لا يوصف بالحرمة لانه لا يجرى القلم عليهما بكتابة السيئة والحرمة باعتبارها فكان الجواز محولا على النفاذ وذلك بالوقوع قوله وهما عديبا العقل * فان قيل هذا في المجنون مسلم واما الصبي فيوصف بالعقل فيقال يصح اسلام الصبي العاقل * قلنا لما لم يعتدل عقله بالبلوغ كان طرف العدم ثابتا بعد لقيام الصبي خصوصا فيما يضره وهذا لان اعتبار القصد يتنى على الخطاب ومبنى الخطاب على اعتداله المحال ولكن قدر ذلك العقل وان لم يعتدل فصلاح لتحقق ما هو حسن لعينه بحيث لا يحتمل القبح كالايان وتحقق ما هو قبيح لعينه بحيث لا يحتمل الحسن كالردة لانهما لا يحتملان الرد بعد تحققهما بحدسها لما يجيء ان شاء الله تعالى والعاقل من يستقيم كلامه وافعاله وغيره نادر والمجنون ضده والمعته من يختلط كلامه وافعاله فيكون هذا غالبا مرة وذا غالبا مرة قوله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وهذا لان المكره يقصد دفع الشر عن نفسه لاعين ما يتكلم به وهو مضطر الى هذا القصد والاختيار مفسد فيفسد قصده شرعا الا ترى انه لو اكره على الاقرار بالطلاق يلفو اقراره بخلاف الهازل لانه مختار في السبب اى في التكلم بالطلاق قوله ولنا انه قصد ايقاع الطلاق هذا احتراز عن الاقرار بالطلاق مكرها فانه يلفو لان الاقرار خبر محتمل بين الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على انه كاذب فيه والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لا يصير صدقا

فصل

قوله ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغاً ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الاطلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديبا العقل والنائم عديم الاختيار (وطلاق المكره واقع) خلافا للشافعى هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعى بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوهته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهو نهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير نخل به كالهازل (وطلاق السكران واقع) واختار الكرخى والطحاوى انه لا يقع وهو احد قولى الشافعى لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل

(فصار)

اهل مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بالنفاذ كما في الطائع ولاخفاء في المحلية والولاية الشرعية وكذا في الاهلية لان الاهلية تكون بالعقل والقصد الصحيح والاختيار وقد وجد العقل وكذا القصد والاختيار لان بالاكراه لا يفوت القصد الصحيح فالمكره يقصد ما باشره ولكن لغيره وهو دفع الشر عن نفسه لالعينه فهو كالهازل يقصد الى التكلم بالطلاق اللعب لالعينه والهزل لا يمنع وقوع الطلاق فكذا الاكراه وللمكره اختيار صحيح لانه عرف الشرين من الهلاك والطلاق فاختر اهو نهما وهو الطلاق هذا دليل صحة قصده واختياره الا ان الرضاء فائت وفواته لا يخل بوقوع الطلاق كالهازل * فان قيل الاختيار في المكره ناقص لانه يشوبه نوع اضطرار في التكلم به بخلاف الهازل * قلنا القصد والاختيار امر مبطن فيدار الحكم بوقوع الطلاق على اجزائه الكلمة التي يقع بها الطلاق على لسانه غايته ما في الباب

انه لولا الاكراه لم يطلق ولكن هذا القدر من النقصان في الاختيار غير محل كما اذا كان الحامل له على الطلاق امر اخر من سوء خلفها او وقع فخلها فانها
لا يقران في آن تطبيقها للمفسدة الرجعية في بقاء النكاح لكن المفسدة الرجعية ههنا قبل البكره اياه لولا التطبيق ومنه امر آخر قوله
فصار كزواله بالبنج في مسئلة البنج تفصيل فانه ذكر عبدالعزير الترمذي سألت ابا حنيفة رحمه الله وسفيان الثوري عن رجل شرب البنج فارتفع
الى رأسه فطلق امرأته قال ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان كان حين شرب لم يعلم انه ما هو لا تطلق امرأته * ولو شرب
من الاشربة التي تتخذ من الحبوب او من العسل او من الشهد وسكر وطلق امرأته لا يقع طلاقه عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد
رحمه الله * وذكر في البسوط وحجتنا ما روينا كل طلاق جائز الاطلاق الصبي والمعتوه ولان السكران مخاطب فاذا صادف تصرفه محله يعد كالصاحب
وبيان انه مخاطب ان الله تعالى قال يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى وانتم سكارى فهذا ان كان خطابا له في حال سكره فظاهر وكذا ان كان خطابا
له قبل سكره لانه لا يقال للعاقل اذا جنت فلا تفعل كذا ولان الخطاب انما يتوجه باعتدال الحال وذا باطن لا يوقى عليه فاقيم السبب الظاهر
الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيرا وبالسكر لم يزل هذا المعنى وغفلته عن نفسه بسبب هو معصية فلا يستحق به التخفيف ولم
يكن ذلك عنرا في المنع من نفوذ شيء من تصرفاته بعد ما تقرر سببه لان بالسكر لا يزول عقله ولكن عجز عن استعماله الغلبة السرور
عليه ولئن زال فهو حاصل بسبب هو معصية فلم يؤثر في اسقاط ما بنى على التكليف بل يجعل باقيا حكما زجرا وتنكيلا الا ترى انه الحق
بالصاحي في حق وجوب القصاص والحد حتى لو قتل انسانا او قذفه في هذه الحالة يجب عليه الحد والقصاص فلان يلحق بالصاحي في المالا
يسقط بالشبهة اولى بخلاف البنج فان غفلته ليست بسبب هو معصية وما يعتبره نوع مرض فلا يكون سكر حقيقه وكان كالاغماء *
وجعل الامام المحقق فخر الاسلام السكر على نوعين مباح ومحظور ثم تب هذه الاحكام وهي وقوع الطلاق والعتاق على السكر المحظور دون
المباح وجعل السكر من المباح بمنزلة الاغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق * ثم قال اما السكر المباح فيمثل
من اكره على شرب الخمر بالقتل فانه يحل له ذلك وكذلك
المبضر اذا شرب منها ما يراه به العطش فسكر به * واما
السكر المحظور فهو السكر من كل شراب محرم * وذكر
الامام ابو الفضل الكرماني في الايضاح ولو اكره على
الشرب او شرب الخمر عند الضرورة فسكر فان طلاقه واقع
لان زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الاصل فان حظر
الفعل وان زال بعارض الاكراه لكن السبب الداعي الى
الحظر قائم فاطر قيام السبب في حق الطلاق * فان قيل
زوال العقل اذا كان بسبب المعصية جعل العقل باقيا زجرا
له فلم لم يجعل الإقامة باقية في حق المسافر العاصي حتى
لا يترخص برخصة المسافر زجرا له * قلنا الرخصة متعلقة
بالسفر ولا معصية فيه فلا يجعل في حكم العدم لمعنى
جاوزه وهو غيب باطنه وهذا لان زوال الإقامة ليس بالمعصية
ليجعل الإقامة باقية حكما زجرا له وههنا زوال العقل بالمعصية
فيجعل باقيا تقديرا زجرا له قوله حتى لو شرب فصنع
وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه * فان قيل
الصداع حصل بالخمر فيضاف السكر اليها بواسطته كما في
شراء القريب * قلنا الخمر ليست بموضوعة للصداع والشراء
موضوع للملك فانتزعا قوله وطلاق الامه ثنتان وهو
قول علي وابن مسعود رضى الله عنهما * وما قاله الشافعي
رحمه الله قول عمرو بن دينار ثابت رضي الله عنهما * واما عبد الله بن
عمر رضي الله عنهما فيعتبر بهن رقي منهما حتى لا يملك عليها
ثلث تطليقات الا اذا كانا حرين كذا في البسوط قوله لقوله
عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء فوجه التمسك
به ان النبي عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على خدة ثم اعتبار العدة بالنساء بالاجماع من حيث القدر
فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابل قوله ومعنى الآية في الجرا كدل بدليل شهادة الاحكام لان الجرا يصلح للقضاء والشهادة
والولاية واذا كان كذلك فيعتبر حال الزوج لانه هو المالك والمالكية من معنى الآية وايضا ذلك فيما قلته بانه يملك الثلث اذا كان حرا ويملك الثلثين
اذا كان عبدا * ولنا قوله عليه السلام طلاق الامه ثنتان ذكرها بحلاة بالالف واللام فيتناول الجنس فيكون طلاق الامه التي تحت حر ثنتين
قوله ولان حل المعطية نعمة هذا رد لتعليل الخصم في موضع الاثبات فانه يقول حل المعطية اشارة الى تهديد المحل لاثبات الملك فيه بالعقد وذلك
ليس من الكرامة بل هو مشعر بنقصان حال المحل فلم يؤثر رقيها في تنصيف المحل * وانا نقول الحل نعمة وكرامة من الجانبين جميعا قال الله تعالى
لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن فسوى بينهما في موضع النبي فكنا في موضع الاثبات * وهذا لان عقد النكاح من باب المصالح وضعامن الجانبين
فثبتت الملك عليها ما كان مقصودا ولكن لتحقيق ما هو المقصود وهو حل المعطية الا ترى ان من كان ابعد عن الاسلام لم يثبت في حقه حل
المعطية كالمجوسية وتأويل ما روى وهو قوله الطلاق بالرجال قيل انه كلام زيد لا يثبت مرفوعا الى رسول الله عليه السلام * واما قوله
ومعنى الآية في الجرا كدل فكانت مالكيته ابلغ واكثر * قلنا ان الجبر يثبت مرة باحوال المالك مع قيام أهمل الملك كما في الصبي
والمجنون ومرة يثبت بمعنى في المحل بان لا يقبل التصرف كالصغير يتخمر والعبد يأتق وههنا المرأة محل هذا العقد فيقع الاختلال في
التصرف بسبب اختلال المحل لما ان حل المحل يختل بالرق على ما مر قوله لان ملك النكاح حق العبد وهذا لان النكاح من
خواص الآية والعبد مبقى على اصل الحرية فيها فعلى هذا يجب ان يملك العبد النكاح بدون اذن المولى لكن لو قلنا به يتضرر
المولى فلذلك لم يملك بدون اذن المولى

كتاب الطلاق (٤٩) باب طلاق المسنة فصل

فصار كزواله بالبنج والدواء * ولنا انه زال بسبب هو معصية
يجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصنع وزال عقله
بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه (وطلاق الاخرس واقع بالاشارة)
لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وسنأتيك
وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى (وطلاق الامه
ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان
زوجها او عبدا) وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال
الرجال لقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة
بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها
ومعنى الآدمية في الجرا كدل فكانت مالكيته ابلغ واكثر
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامه ثنتان وعدتها
حيضتان ولان حل المعطية نعمة في حقها والرق اثر في تنصيف
النعم الا ان العقدة لا تجزى فتكاملت عقدتان وتأويل ما روى
ان الايقاع بالرجال (واذا تزوج العبد امرأة) باذن مولاه وطلقها
(وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته) لان ملك النكاح حق
العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

به ان النبي عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على خدة ثم اعتبار العدة بالنساء بالاجماع من حيث القدر
فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابل قوله ومعنى الآية في الجرا كدل بدليل شهادة الاحكام لان الجرا يصلح للقضاء والشهادة
والولاية واذا كان كذلك فيعتبر حال الزوج لانه هو المالك والمالكية من معنى الآية وايضا ذلك فيما قلته بانه يملك الثلث اذا كان حرا ويملك الثلثين
اذا كان عبدا * ولنا قوله عليه السلام طلاق الامه ثنتان ذكرها بحلاة بالالف واللام فيتناول الجنس فيكون طلاق الامه التي تحت حر ثنتين
قوله ولان حل المعطية نعمة هذا رد لتعليل الخصم في موضع الاثبات فانه يقول حل المعطية اشارة الى تهديد المحل لاثبات الملك فيه بالعقد وذلك
ليس من الكرامة بل هو مشعر بنقصان حال المحل فلم يؤثر رقيها في تنصيف المحل * وانا نقول الحل نعمة وكرامة من الجانبين جميعا قال الله تعالى
لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن فسوى بينهما في موضع النبي فكنا في موضع الاثبات * وهذا لان عقد النكاح من باب المصالح وضعامن الجانبين
فثبتت الملك عليها ما كان مقصودا ولكن لتحقيق ما هو المقصود وهو حل المعطية الا ترى ان من كان ابعد عن الاسلام لم يثبت في حقه حل
المعطية كالمجوسية وتأويل ما روى وهو قوله الطلاق بالرجال قيل انه كلام زيد لا يثبت مرفوعا الى رسول الله عليه السلام * واما قوله
ومعنى الآية في الجرا كدل فكانت مالكيته ابلغ واكثر * قلنا ان الجبر يثبت مرة باحوال المالك مع قيام أهمل الملك كما في الصبي
والمجنون ومرة يثبت بمعنى في المحل بان لا يقبل التصرف كالصغير يتخمر والعبد يأتق وههنا المرأة محل هذا العقد فيقع الاختلال في
التصرف بسبب اختلال المحل لما ان حل المحل يختل بالرق على ما مر قوله لان ملك النكاح حق العبد وهذا لان النكاح من
خواص الآية والعبد مبقى على اصل الحرية فيها فعلى هذا يجب ان يملك العبد النكاح بدون اذن المولى لكن لو قلنا به يتضرر
المولى فلذلك لم يملك بدون اذن المولى

باب ايقاع الطلاق

قال (الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله
انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي)
لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان
صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص (ولا يفنقر الى النية)
لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة لانه
قصد تنجيز ماعلقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى
الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر
ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما 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 رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه
يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة يتسكين الطاء لا يكون
طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال
(ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك) وقال الشافعي
يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق
لغة كذا ذكر العالم ذكر للمعلم وهذا يصح قران العدد به فيكون
نصبا على التفسير * ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان
وللثلاث طوالتي فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر
للطلاق هو صفة للمرأة لا للطلاق هو تطلق والعدد الذي
يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطينه
جزيلا اي عطاء جزيلا (واذا قال انت الطلاق او انت طالق
الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة
او اثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث) فوقع
الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت
وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه
وانه يزيد وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر
قديم ذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة
قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع به 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

قوله وانه يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى
وبسواتهن احق بردهن فهذه الآية تدل على
ان الطلاق الرجعي لا يرفع لزوجية ولا يبطلها فان الله تعالى
سماه بعلا بعد الطلاق وهو الزوج * فان قيل اليس ان
الله تعالى قال احق بردهن وانما يستعمل الرد فيما زال عنه
ملكه واما ما هو في حكم ملكه لا يصح ان يقال ردها الى
ملكه * قلنا يجوز اطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال
الملك فيكون الرد بمعنى المنع للسبب عن اثبات الزوال
فيكون فسخا للسبب فان اسم الرد كما يطلق لفسخ السبب
كما اذا اشترى جارية فوجد بها عيبا ففسخ يقال رد الجارية
بالعيب ففيه فسخ السبب والحكم جميعا * واذا اشترى على
انها بالخيار ولم يثبت الملك للمشتري بالاتفاق ثم اذا فسختها
يقال رد الجارية ففيه فسخ السبب لا غير فان قيل لا يخلو عن
احد المجازين لان الرد لو كان على حقيقته وهو الرد بالنكاح
الجديد كان اسم البعل مجازا ولو كان البعل على حقيقته كان
الرد مجازا فلم يرجع جعل جانب الرد مجازا * قلنا لما ان البعل
في اللغة اسم للزوج حقيقة والحقيقة لا تترك الا بالدليل واما
لفظ الرد فيستعمل في الزوجين الذين ذكرهما ولانه جعل الرد
الى الزوج والرد اذا كان بسبب النكاح لا يكون هو احق
منها **قوله** وكذا اذا نوى الابانة هذا عطى على قوله
فهذا يقع به الطلاق الرجعي يعنى يقع به الطلاق الرجعي
وان نوى الابانة **قوله** فيرد عليه لانه استعمل ما اخره
الشرع فيجازى بالرد كما في قتل المورث جوزى بالحرمان
وكما في قصد من عليه السهو بتسليم قطع الصلوة رد قصده
عليه **قوله** ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين
في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال انت طالق
من عمل كذلك وقع به الطلاق قضاء لانها بينه وبين الله
تعالى وكل ما لا يدينه القاضى فيه فكذلك المرأة اذا سمعت
منه او شهد بعندها شاهد عدل لا يسعها ان يدينه لانها لا تعرف
منه الا الظاهر كالقاضى كذا في المبسوط **قوله** وذكر الطلاق
ذكر الطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطبيق * وحاصله
ان ذكر النعت يقتضى وصفا ثابتا للموصوف لغة كذا ذكر العالم
هو ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف وكذلك في قولنا جالس
وقائم واذا كان كذلك فنية العدد انما تعمل في الطلاق الذي
هو فعل الرجل اذا كان محتملا لنية العدد فلما كان هذا نعتا
للرأة ولم يكن الطلاق ثابتا بها قبل هذا كان نعته اياها
بذلك كذبا محضا في خرج لغة كما اذا قلت لرجل قائم انه
جالس او على العكس لكن اثبت طلاق بها شرعا لالفة قبيل
قوله انت طالق لضرورة تصحيح وصف الواصف به وذلك
ثابت اقتضاء ولا عموم للمقتضى عندنا لان ثبوته لتصحيح
السلام لما ان الثابت بطريق الضرورة يثبت على حسب
ثبوت الضرورة لا ما وراءه والضرورة تندفع بالواحدة فلما لم
يثبت الطلاق فيما وراء لالفة ولا شرعا كانت نية الثلث
او اثنتين مصادفة لعدم فلا يثبت الا بمجرد النية ولا يقع
بالنية شئ اذا لم يكن اللفظ محتملا لها * وكذلك قوله
طلقتك او انت مطلقة فلا وجه لتصحيحه ان يجعل الطلاق
ثابتا قبل اخباره بهذا لضرورة تصحيح اخباره فكان
هذا ثابتا شرعا ايضا بطريق الاقتضاء فلا يعمل نية
الثلثين او الثلث لما قلنا بخلاف قوله طلقى لان ثبوت
التطبيق هناك ليس على طريق الاقتضاء لانه لا ضرورة
لتصحيح الصدق حتى يثبت الطلاق قبله ضرورة
لما انه للطلب لا للاخبار فلم يثبت هناك من معنى الاقتضاء

الذي ذكرناه في الاخير

(لانه)

لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس
 فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين
 فيها خلافا لزر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت
 نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة * ونحن نقول نية الثلث انما
 صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة تصح نية الثنتين باعتبار
 معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة فعدد واللفظ لا يحتمل
 العدد وهذا لان معنى التوحد يرعى في الفاظ
 الواحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما
 (ولو قال انت طالق الطلاق فقال اردت بقولى طالق واحدة
 وبقولى الطلاق اخرى يصدق) لان كل واحد منهما صالح
 للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعتان اذا كانت
 مدخولا بها (واذا اضاف الطلاق الى جملتها اولى ما يعبر به
 عن الجملة وقع الطلاق) لانه اضيف الى محل ذلك (مثل
 ان يقول انت طالق) لان التاء ضمير المرأة (او) يقول
 (رقتك طالق او عنقك طالق او رأسك طالق او روكك
 او بدنك او جسديك او فرجك او وجهك) لانه يعبر بها عن
 جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرها قال الله
 تعالى فاتحرير رقبة وقال فظلمت اعناقهم لها
 خاضعين وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على
 السروج ويقال فلان رأس القوم وبأوجه العرب
 وهلك روحه بمعنى نفسه * ومن هذا القبيل الدم في رواية
 يقال دمه هدر ويراد به النفس وهو ظاهر (وكذلك ان
 طلق جزأشاعا 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 يقع * وكذا الخلاف في كل جزء معين
 لا يعبر به عن جميع البدن * لهما انه جزء مستمتع بعقد
 النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا
 للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسرى 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 ينبى عن رفع القيد ولا قيد في اليد
 والرجل ولهذا لاتصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه
 محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

قوله لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء
 الاجناس كما لو حلق ان لا يشرب الماء فانه
 لو نوى جميع المياه يصح وان لم ينو شيئا ينصرف الى ادنى
 ما يطلق عليه الاسم وان نوى قدما او قده حين لا يصح وهذا
 لان معنى التوحد يرعى في الفاظ الواحد ان وذا بالفردية
 لتوحدتها حقيقة وحكما والجنسية لتفردها حكما لانك لو
 عدت الاجناس كان هذا باجزائه واحدا وليست بفرد حقيقة
 اذ هي اجزاء متعددة فصار هذا الاسم الفرد واقعا على الكل
 بصفة انه واحد ولما كان الادنى فردا حقيقة وحالا كان اولى
 بالاسم الفرد عند الاطلاق والآخر محتمل والمثنى ليس بفرد
 حقيقة وحالا فلا يتناول الفرد حتى لو كانت المنكوحة امة
 تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية * فان قيل لما اقيم
 قوله انت الطلاق مقام انت طالق وفي قوله انت طالق لا
 تصح نية الثلث فينبغي ان لا يقع بقوله انت الطلاق الثلث
 وان نوى كما في قوله انت طالق * قلنا لاتصح نية الثلث
 في قوله انت طالق لان ذلك نعت فرد من كل وجه فلا يحتمل
 العدد كما ذكرنا واما الطلاق فمصدر في اصله وان وصف به
 فلهع فيه جانب المصدرية فلذلك خالف لقوله انت طالق
 في صحة نية الثلث او نقول انما صح نية الثلث في قوله انت
 طالق لان معنى قوله انت طلاق ذات طلاق على حذف
 الضاف لان يكون طلاق بمعنى طالق الا ان قولنا ذات
 طلاق وطالق واحد في المعنى فلذلك قيل انه بمعنى طالق
 فصح نية الثلث في قوله انت طلاق دون قوله انت طالق *
 وفي المبسوط لو قال انت الطلاق فمعناه انت طالق الطلاق
 حتى صح فيه نية الثلث قوله **قوله** ولو
 قال انت طالق الطلاق وقال غنيت بقولى طالق واحدة
 وبقولى الطلاق اخرى يصدق لان كل واحدة تصلح للايقاع
 باضمار انت فصار كقوله انت طالق انت الطلاق فتقع
 رجعتان ان كان مدخولا بها والالغا الكلام الثاني ولا يقع
قوله ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق *
 وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع * لهما انه جزء مستمتع
 بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون
 محله ما هو محل حكم النكاح ولا يلزم انه لاتصح اضافة النكاح
 اليه ولو كان محلا لصحت لانه مع قيام المحلية لاتصح اضافة
 النكاح اليه لان التعدي الى سائر الاجزاء غير ممكن لان
 قيام الحرمة في سائر الاجزاء منع من تعدي الحل اليها اذ الحرمة
 تغلب الحل وفيما نحن فيه استقامت التعدي الى سائر الاجزاء
 تغليباً للحرمة على الحل * ولنا انه اضافة الطلاق الى غير محله
 فيلغو وهذا لان الطلاق وضع لرفع القيد فيكون محله ما
 يكون فيه القيد وليس في اليد قيد ولهذا صح النكاح والطلاق
 وان لم يكن لها يد ولو اضاف النكاح اليه لايصح بخلاف
 الجزء الشائع لانه صح اضافة النكاح اليه عندنا فيكون محلا
 للطلاق والتعدي من محل اضيف اليه التصرف الى محل آخر
 انما يستقيم ان لو صلح المحل الذى اليه التصرف مستتبعا
 للجزء الذى لم يضاف اليه التصرف وانما يصلح مستتبعا له
 ان لو كان اصلا بنفسه فيستتبع غيره في الحكم والجزء الشائع
 اصل بنفسه اذ لا وجود للمحل بدونه فجاز ان يستتبع جزأ
 مثله في الحكم تصحيحا للتصرفه اتباعا للبعض الذى لم يثبت
 الحكم فيه لعدم الدليل للبعض الذى يثبت الحكم فيه بالدليل
 واما الجزء المعين فتابع في نفسه في حق محلية الحكم على
 معنى انه يتصور وجود المحل ووجود حكم التصرف بدنه
 فلو قلنا بالاستتباع لادى الى جعل الاصل تابعا لتابعه وجعل
 التابع اصلا لاصله وهو باطل ولا تقاس اليد على الرأس -

واختلفوا في الظهر والبطن والاطهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما
 عن جميع البدن (وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها
 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) لانهما طلقتة ونصف
 فيتكامل (وقيل يقع ثلث تطليقات) لان كل نصيب يتكامل في
 نفسه فتصير ثلثا (ولو قال 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 ثلث فهي ثنتان وهذا عند
 ابي حنيفة وقالوا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث
 وقال زفر في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع واحدة وهو
 القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو
 قال بعث منك من هذا الحائط الى هذا الحائط * وجه قولها
 وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف
 يراد به الكل كما تقول اغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة *
 ولاي حنيفة ان المراد به الاكثر من الاقل
 والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين
 او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل
 فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرنا في الاصل في الطلاق هو الحظر
 ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليرتب عليها
 الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل
 البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه
 خلاف الظاهر (ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى
 الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة)
 وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول حسن ابن
 زياد * ولنا ان عمل الضرب اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة
 المضروب وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها
 (فان نوى واحدة وثلثين فهي ثلث) لانه يحتمل فان حرف
 الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول
 بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثلثين

لان الوقوع شبه لا باضافة الطلاق الى الرأس حتى لو قال
 الرأس منك طالق لا تطلق ولكن باعتبار ان الرأس يعبر
 به عن البدن كما مر حتى لو عبر باليد عن البدن عند
 قوم يقع الطلاق باضافته الى اليد كذا في الميسوط وقوله
 عليه السلام على اليد ما اخذت على حذف المضاف اي على
 صاحب اليد الا ان اليد لما كانت آلة الاخذ اضيف اليها *
 وذكر في الاسرار اراد النبي عليه السلام بذكر اليد صاحبها
 وعندنا متى قال الزوج اردت اضرار صاحبها طلقت ولانه
 يجوز ان يكون اليد هناك عبارة عن الكل مقرونا بالاخذ
 لان الاخذ باليد يكون فلا يكون كذلك مقرونا بالطلاق
 قوله واختلفوا في الظهر والبطن والاطهر انه لا يصح اي
 لا يقع الطلاق حتى لو قال ظهرك على كظهر امي او بطنك
 على كبطن امي لا يكون مظهرا قوله وذكر بعض ما
 لا يتجزى كذكر كله صيانة لكلام العاقل عن الالغاء وتغليبها
 للمعجم على المبيع واعمالا للدليل بالقدر الممكن لانه
 اذا قام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى لو لم يتكامل
 يرد الى ابطال الدليل قوله وقال زفر في الاولى
 لا يقع شيء وقد حاج الاصمعي في هذه المسئلة عند باب
 الرشيد فقال له الاصمعي ما قولك في رجل قيل له كم سنك فقال
 ما بين ستين الى سبعين يكون ابن تسع سنين فتصير زفر
 وقال استحسن في مثل هذا ذكره فخر الاسلام
 قوله ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليرتب
 عليها الثانية لانه وقع الثانية ولا تانية قبل الاولى ولا بد للكلام
 من الابتداء فاذا لم يقع الاولى كما قال زفر تصير الثانية
 ابتداء فلا يمكن ايقاعها ايضا فلا حل هذه الضرورة ادخلت
 الغاية الاولى ولا ضرورة في الغاية الثانية فاخذنا فيها
 بالقياس كما قال زفر رحمه * وحاصله انه لما لم يتصور وقوع
 الثانية الا بعد وقوع الاولى او قلنا الاولى وهذا المعنى لا
 يوجد في الغاية الاخرة لانه يتصور وقوع الثانية بدون
 الثالثة فان قيل اليس انه لو قال لها انت طالق تطليقة
 تانية لم يقع الا واحدة ولا يقال من ضرورة وقوع الثانية
 وقوع الاولى قلنا لان قوله تانية صار لغوا هناك وقوله
 ههنا من واحدة الى ثلث كلام معتبر في ايقاع الثانية ولا
 يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى * فان قيل قول زفر اذا
 قال انت طالق من واحدة الى واحدة ينبغي ان لا يقع شيء
 لانه بين الحدين شيء * قلنا قال بعض المتأخرين ينبغي
 ان يكون هكذا على قياس مذهبه والاصح انه تقع تطليقة
 واحدة لان آخر كلامه لغو باعتبار انه جعل الشيء حدا
 ومحدودا وذلك لا يتصور فاذا لغا آخر كلامه يبقى قوله
 انت طالق كذا في الجامع الصغير لشمس الاقامة السرخسي
 رحمه الله قوله ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في
 زيادة المضروب فانه لو كان يزداد في نفسه لم يبق احد في
 الدنيا فقيرا لانه يضرب مائة في الف درهم فيصير مائة الف
 درهم وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال
 انت طالق نصف تطليقة وثلاثها وسدسها لم يقع الا واحدة

قوله وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثالث دخل بها ولا قوله وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول * ولا يقال انه لو قال انت طالق تطليقة طويلة يقع الرجعى عنده فكيف يقع البائن هنا وانه كناية عنه * لانا نقول ثم صرح بالطول وهنا كنى عنه وثبوت الشئ * كناية أقوى من ثبوته صريحا لان ذا ثابت بدليله بخلاف ما لو كان مصرحا فان قوله لكثير الرماد ابلغ في وصفه بالجود من قوله جواد لان كثرة الرماد اثر الجود وعلامته فكان دليلا عليه بخلاف وصفه بالجود مجردا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض وجزا ان لا تحصل البينونة عنده بوصفه بالطول فحسب ويقع عنده بوصفه بالطول والعرض لانه يفيد العظم فصار كانه قال انت طالق كالجبل وشمه عنده يقع البائن لان المشبه به عظيم كذا هنا بخلاف نفس الطول لانه ليس فيه عظم فكان كنفس التشبيه * وعنده لا يقع البائن بنفس التشبيه اذا لم يكن المشبه به عظيما على انه جاز ان يكون له رويتان في هذه المسئلة فقد ذكر المشايخ في دليله لانه وصف الطلاق بالطول فصار كانه قال انت طالق تطليقة طويلة ولو قال كذلك كان بائنا كذا هنا قوله قلنا لا بل وصفه بالقصر ونفس الطلاق لا يحتدل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه بكونه رجعا قوله لمقاربة بين الشرط والظرف لان المظروف لا يوجد بدون الظرف وكذلك المشروط لا يوجد بدون الشرط

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

قوله لانه نوى التخصيص في العموم ونية التخصيص في العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال لا آكل طعاما ونوى طعاما دون طعام كذا في البسوط قوله لانه لما قال اليوم كان تنجيذا والمنجز لا يحتدل الاضافة * فان قيل اذا قال انت طالق اليوم اذا جاء غدا فهي طالق حين يطلع الفجر فقد احتدل التعليق ما لو لم يذكر بعده التعليق لكان منجزا فينبغي ان يحتدل الاضافة ما لو لم يكن ذكر الغد بعده لكان منجزا وانما ينجز بذكر اليوم اذا لم يذكر الاضافة متصلا به كما في التعليق * قلنا ذكر الامام شمس الائمة السرخسى في البسوط انه انما يغير حكم اول الكلام هناك لان ذلك تعليق بالشرط وبذكر الشرط موصولا بكلامه يخرج كلامه من ان يكون تنجيذا كما لو قال انت طالق اليوم اذا كلمت فلانا او ان كلمت فلانا لم تطلق قبل الكلام وتبين بذكر الشرط ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع بخلاف قوله اليوم غدا فان هناك ليس بذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع قوله لا يحنيفة رحمة الله انه نوى حقيقة كلامه فيصدق وهذا لانه ايقاع الطلاق في الغد لانه جعل الغد ظرفا والظرفية تليق بالايقاع والظرف لا يقتضى استيعاب المظروف كقولك زيد في الدار بل يقتضى وجوده في جزء من اجزاء المظروف غير انه متى لم ينوشيثا يعين الجزء الاول باعتبار سبق وعدم المعارض ومتى نوى جزءا كان تعيين الجزء المنوى وهو قصدي اولى بالاعتبار من الجزء الاول وهو ضروري بخلاف قوله انت طالق غدا لانه وصفها بهذه الصفة في جميع الغد الا ترى ان من قال والله لا صوم من في العبر يتناول ساعة من العمر حتى لو صام ساعة برفي بيئته ولو قال العبر تناول جميع العبر حتى لا يبر من بيئته الا بصوم جميع العبر * وكذا لو قال ان صمت الدهر فبعتى حريق على صوم الابد ولو قال ان صمت في الدهر فبعتى حريق على صوم ساعة * والفقهاء فيه ان غدا ظرف ضروري لثبوته لا بلفظه * وقوله في غدا ثبت بلفظ يدل عليه وما ثبت باللفظ يحتدل النية لا ما ثبت بدونه كما في قوله لا اشرب ونوى شربا دون شربا وفي قوله لا اشرب شربا

وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثالث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلني في عبادي اى مع عبادي ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصاح ظرفا فيلغو ذكر الثاني (ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان) وعند زفر ثلث لان قضيته ان تكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثالث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه (ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة) وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول 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 وكذلك لو قال انت طالق في الدار) لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عني به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضرار وهو خلاف الظاهر وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان نوى ان مرضت لم يدين في القضاء (ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) لانه علقه بالدخول ولو قال انت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

(ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطاوع 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 يحتدل لكنه مخالف للظاهر (ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به) فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيذا والمنجز لا يحتدل الاضافة اذا قال غدا كان اضافة والمضاي لا يتجزأ لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين (ولو قال انت طالق في غدا وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة وقال لا يدين في القضاء خاصة) لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف كلمة في واثنائه سواء لانه ظرف في الحالين ولا يحنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضى الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضى الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لا صوم من في عمرى ونظير الاول والله لا صوم من في عمرى * وعلى هذا الدهر

وفي الدهر (ولو قال انت طالق امس وقت تزوجها اليوم لم يقع شيء) لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لما لكية الطلاق فيبلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطبيق غيره من الازواج (ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة) لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة (ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء) لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقك واناصى او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرنا (ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متي لم اطلقك او متي ما لم اطلقك وسكت طلقت) لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطبيق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متي ومتي ما صريح في الوقت لانها من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى مادمت حيا اي وقت الحياة (ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت) لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح (ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة وقال تطلق حين سكت) لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت * وقال فائلهم (واذا تكون كريمة ادعى لها * واذا يجاس الحيس يدعى جندب) فصار بمنزلة متي ومتي ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متي شئت * ولا يخيفه ان كلمة اذا تستعمل في الشرط ايضا * قال فائلهم (واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا نصبك خصاصة فتجمل) فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسألة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال * وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية البتة ام لا اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يمتلها * (ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطبيق) معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل

قوله وموتها بمنزلة موته وهو الصحيح وفي النواذر لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على الايقاع كما اذا قال ان لم ادخل الدار فانت طالق يقع بموته ولم يقع بموتها لان بعد موتها يمكن دخول الدار فلا يتحقق اليأس فلا يقع وانما يتحقق للعجز عن الايقاع بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد موتها * والصحيح ان موتها كموتها لانها اذا اشرفت على الموت فقد بقي من حيوتها ما لا يسع للتكلم بالطلاق ولذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق لانه يستغنى عن زمان التكلم فوجد الشرط والمك فائم والمعل باق بخلاف قوله ان لم ادخل الدار ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق اليأس بموتها فلا يكون موتها كموتها * وفي الجامع الصغير للمتبرقاشي رحمه الله وان مات احدهما طلقت فان كان رجعا توارثا لبقاء الزوجية وان كان بائنا ان مات لم يرثها وان مات هو ورثته ان كانت مدخولا بها لانه طلاق الفار

قوله واخوانه وهي نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابس ولا يركب هذه الدابة وهو ركبها فنزعه في الحال ونزل منها لا يبعث قوله فيجعل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد حتى اذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت في اليوم الذي يصوم حين تغيب الشمس ولو قال امرك بيديك يوم يقدم فلان فقدم فلان نهارا فلم تعلم به حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد **قوله** والطلاق والتزوج من هذا القبيل وفي بعض النسخ والطلاق من هذا القبيل وهو الاظهر لان المراد من فعل قرن به هو المظروف وهو الجزاء لا يضاف اليه * وبعض المشايخ اعتبروا المضاف اليه فيما لا يختلف الجواب وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه مما لا يمتد تساعا نظرا الى حصول المقصود وهو استقامة الجواب حيث صرحوا في قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق بان المقرون هو الكلام والكلام مما لا يمتد وفي قوله يوم اتزوجك فانتم طالق فتزوجها ليل طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في انقضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة

فصل

قوله ولو قال انا منك بائن او عليك حرام بنوى الطلاق فهي طالق لان الابانة لازالة الوصلة وهي مشتركة والتعريم لازالة الحل وهو مشترك ولو لم يقل منك او عليك لم تطلق لان حله ووصلته قد تكون باخرى فلا تتعين هذه بلا ذكر وليس كذلك انت بائن او حرام لان حلها ووصلتها معه لا غير **قوله** وهو فيها دون الزوج لانه لا يطلق بعد النكاح الى ماشاء ويستمتع بامائه وثلاث سواها * فان قيل الزوج ايضا ممنوع عن التزوج باختها واربعة سواها فيكون مقيدا * قلنا هذا ليس بقيد من جانبها فان العاجز عن التصرف بحكم انه ام يكن مشروعا لا يكون مقيدا فان كل انسان عاجز عن القضاء ما لم يقبلد وليس بقيد وكذا الصبي عاجز عن التصرفات وليس بتقيد فالتقيد الحقيقي من الآلات السليمة لفعل الشئ والبطش وبسبب القيد يمنع عن ذلك فالتقيد الحكيم هكذا ينبغي ان يكون له آلات القدرة من العقل والبلوغ ثم امتنع نفاذ تصرفه لمانع القيد كالمراة تقيد بتقيد زوجها النكاح عليها ولارق في جانب الزوج ولكنه منهي عن نكاح الخمس والجميع بين الاختين قبل نكاح هذه فلا يكون حكما لنكاح هذه المراة ولا من اثره فكان اضافة الطلاق الى الرجل وانه لازالة القيد او الملك لغة وشرعا ولا قيد ولا ملك في الرجل فيكون اضافة الشئ الى غير محله فيلغو بخلاف الابانة والتعريم لان التعريم لا يثبت الحرمة والابانة لقطع الوصلة لغة والحل والوصلة مشتركة بينهما فصحت اضافتهما اليهما * وقوله والحل مشترك والطلاق وضع لا يبطاله * قلنا الطلاق موضع لا يبطال الحل بل ارفع القيد او الملك والحل الثابت لها عليه يكون تبعا لا قصدا بل ثبت ضرورة ثبوت الحل له عليها **قوله** ولا فرق بين المستلتيين اي بين قوله اول او قوله اولاشي * فلا يختلف جواب محمد فيهما فيبان قول محمد فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولاشي * تكون بائنا في واحدة اولاشي

وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها * وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى * اصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته لم يحنث واخوانه على ما باتيك في الايمان ان شاء الله تعالى (ومن قال لامراة يوم اتزوجك فانتم طالق فتزوجها ليل طلقت) لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في انقضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة

فصل

(ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او انا عليك حرام بنوى الطلاق فهي طالق) وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطى كما يملك هو المطالبة بالتنكح وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لاز التهما فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتعريم * ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي المنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانه مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوعة بخلاف الابانة لانه لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما و بخلاف التعريم لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها (ولو قال انت طالق واحدة اولاشي بشئ) قال رضى الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف واخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولاتطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولاشي ولا فرق بين المستلتيين

قوله ولو كان المذكور ههنا اي في الجامع الصغير قول الكل فعن محمد روايتان اي فيهما قوله ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد اي قوله انت طالق اذا قرن بالواحدة او بالثنتين او بالثالث وانما اطلق اسم العدد على الواحدة لانها اصل العدد يعني ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخلة في الواحدة داخلا في الايقاع فحينئذ يصير نظير قوله انت طالق اولاهناك لا يقع شيء بالايجاب كذا هنا دل عليه وقوع الثلث على غير المدخول بها اذا قال لها انت طالق ثلثا لانه لو كان الوقوع قبل قوله ثلثا للغا ذكر الثلث ولهذا لوقال لها انت طالق واحدة وهي ميتة لا يقع فلو كان الوقوع بقوله انت طالق لوقع يجب نصف المسمى ولو لم تكن مطلقة يجب جميع المسمى ويظهر ايضا في حق من حلف لا يطلق امرأته قوله فليس بشيء اي لا يقع شيء لان معنى قوله مع موتى بعد موتى الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار فان المدخول يصير شرطا ولا تطلق الا بعد المدخول فكذلك ههنا لوقع الطلاق بهذا اللفظ انما يقع بعد موته او بعد موتها ولا نکاح بينهما بعد موت احدهما لان مع للمقارنة وحال موت احدهما حال ارتفاع النكاح والطلاق لا يقع الا في حال استقرار النكاح فاذا كان الايقاع يقتصر بالموت كان الوقوع بعده لان الوقوع حكم الايقاع والحكم يعقب السبب ولا يقتصر به كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله قوله ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى * فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوخته بملك اليمين اما اذا ملك شقفا منها فلا يثبت الحل ملك الشقص فينبغي ان لا يبقى الحل الثابت بينها نكاحا لانه لم يطرأ عليه لاحل قوى ولا ضعيف * قلنا ملك اليمين دليل على الحل فقام مقام الحل تيسيرا * فعلى هذا ينبغي ان يبطل نكاح المكاتب ايضا اذا اشترى منكوخته لورود دليل الحل القوي على الضعيف ومع ذلك لا يبطل ذكره في المبسوط لان الثابت له في كسبه حق الملك وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح ولان ملك اليمين لا يثبت للمكاتب وانما يثبت له ملك التصرف لان قيام الرق يمنعه عن ذلك والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلم يبطل نكاحه لذلك قوله ولا بقاء له مع المنافي لامن وجهه وهو العدة ولا من كل وجه وهو النكاح قوله لانه لا عدة هنالك وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطى * فان قيل ليس انه لا يجوز التزويج وهذا دليل على وجوب العدة * قلنا قد قالوا لا عدة عليها بدليل انه لو زوجها من آخر جاز والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر * والحاصل انه لا تجب العدة عليها في حق من اشترىها وهل يجب في حق غيره فهو على الروايتين * وفي الجامع الصغير التمرتاشي وقالوا لو اشترى امرأته ثم باعها لا يحل للشترى وطئها حتى تحيض بحيضتين وكذا لو زوجها المشتري حتى تحيض بحيضتين قوله لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان قوله مع عتق مولاك اياك يحتمل ان يراد مع اعتاق مولاك اياك على طريق استعارة الحكم عن عتقه * والدليل عليه انه استعمال العتق متعديا ويحتمل ان يراد به العتق حقيقة فحينئذ يحتاج الى الاضمار اي مع عتقك اعتاق مولاك اياك ومثله كثير في كلام العرب قوله لان اللفظ ينتظمها اي لفظ العتق يحتمل الاعتاق على طريق الاستعارة والعتق على طريق الحقيقة لانه هو الملفوظ ومعنى الانتظام ههنا احتمال التناول على طريق البدلية لما عرف ان اللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز معا ومعنى قوله انه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان العتق حكم الاعتاق والحكم يقارن العلة فيقارن العتق فيكون التعليق بالاعتاق تعليقا بالعتق فيصح حينئذ ان يقال العتق معلق بالاعتاق لانه اراد بالعتق ويصح ان يقال معلق بالعتق لانه حكمه فيقارنه في الوجود فيتوقف التطليق عليه ايضا * وانما قلنا انه علق التطليق بالاعتاق او العتق لانه جعل التطليق متصلا بالعتق وذا لا يتصور الا بان يتعلق احدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول او يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة والثالث منتهى لانها لم يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة وكذا الثاني لان اعتاق المولى ليس بعلة لتطليق الزوج وكذا تطليقه ليس بعلة لاعتاقه فتعين الوجه الاول واستحال ان يتعلق العتق بالتطليق لانه حينئذ يزول ملك المالك بلا رضاه فتعين تعلق الطلاق بالاعتاق وقد وجدت امارة الشرط في الاعتاق لانه معدوم على خطر الوجود وللطلاق تعلق به والمعلق به التطليق لا الطلاق عندنا لما عرف

كتاب الطلاق

(٥٦)

فصل

ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق اولاهنا ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع * ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطاق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على فامر واذا كان الواقع ما كان العدد نعنا له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء (ولو قال انت طالق مع موتى او مع موتك فليس بشيء) لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما (واذا ملك الرجل امرأته او شقفا منها او ملكت المرأة زوجها او شقفا منه وقعت الفرقة) للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتقي النكاح (ولو اشترىها ثم طلقها لم يقع شيء) لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لامن وجهه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكت او شقفا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هناك حتى حل وطئها له (ولو قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة) لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمها والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف

(تطليقا)

بالمعنى ان يقال العتق فيكون التعليق بالاعتاق تعليقا بالعتق فيصح حينئذ ان يقال العتق معلق بالاعتاق لانه حكمه فيقارنه في الوجود فيتوقف التطليق عليه ايضا * وانما قلنا انه علق التطليق بالاعتاق او العتق لانه جعل التطليق متصلا بالعتق وذا لا يتصور الا بان يتعلق احدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول او يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة والثالث منتهى لانها لم يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة وكذا الثاني لان اعتاق المولى ليس بعلة لتطليق الزوج وكذا تطليقه ليس بعلة لاعتاقه فتعين الوجه الاول واستحال ان يتعلق العتق بالتطليق لانه حينئذ يزول ملك المالك بلا رضاه فتعين تعلق الطلاق بالاعتاق وقد وجدت امارة الشرط في الاعتاق لانه معدوم على خطر الوجود وللطلاق تعلق به والمعلق به التطليق لا الطلاق عندنا لما عرف

ان اثر التعليق في منع السبب فيصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا وعندنا تطليقا زمان التكلم * فان قيل يجب على هذا ان يصح قوله انت طالق مع نكاحك بمعنى ان نكحتك ولم يصح ذلك * قلنا هنا مالك للانشاء فاحتجنا الى تصحيح تعليقه بعد لنا عن الحقيقة لذلك وثمة لايمالك الانشاء فلم يعتبر كلامه الا في صريح الشرط **قوله** فتطلق بعد العتق فان قيل التطليق يقارن الاعتناق لتعلقهما بشرط واحد ويلزم من ذلك ان يكون وقوع العتق والطلاق معا ضرورة مقارنة كل واحد من هذين المعلولين بعلمته فكيف يستقيم قوله فتطلق بعد العتق * قلنا الجواب عنه من وجهين * احدهما ان مشايخنا اختلفوا في ان الاحكام الشرعية هل تتأخر عن عللها او تقارنها كما في العقليات فجاز ان يختار محمد رحمه الله تعالى في الطلاق قول من يقول يتأخر المعلول عن علمته في الشرعيات وفي الاعتناق قول الآخرين ممن يقول المعلول يقارن العلة في الشرعيات وانما اختار هذا لان العتق اسرع نفوذا لكونه مندوبا والطلاق ابطأ ثبوتا لكونه مفعولا وان لا تلزم الحرمة الغليظة بالشك على انا نقول المعلق بالشرط كالمرسل لدى الشرط ولا شك انه تقدم في الوجود او جزهما لفظا في الإرسال عند مجيء الغد فكذا في التعليق وقوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين فيستقيم قوله تطلق بعد العتق * والثاني يجوز ان يكون المراد بقوله بعد العتق مع العتق كما ان المراد من قوله انت طالق مع عتق مولاك اياك بعد عتق مولاك اياك في المسئلة المتقدمة وعلى هذا التأويل يتأتى التقريب ايضا لان وقوع الطلاق اذا كان مصادفا لحال ثبوت العتق وهي حرة حال ثبوت العتق كالجسم يكون اسود حال اسوداده ويكون عالما حال قيام العلم به فصار بمنزلة قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك ولهذا تعتد بثلاث حيض وهذا آية كونها حرة حال الطلاق * ولهما انه اذا ثبتت المقارنة بين العتق والطلاق والعتق يصادفها وهي امة فيكون الطلاق مصادفا للامة ايضا والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة ولا نسلم كونها حرة زمان ثبوت العتق بل الشيء في زمان ثبوته ليس بثابت اجماعا بلا خلاف بين العقلاء اولانه لما وقع التعارض بين دليل الحرمة رجعتا المحرم اخذنا بالاحتياط. وانما تعتد بثلاث حيض احتياطيا ايضا على ان العدة وجبت بعد الطلاق وحال وجوب العدة هي حرة بخلاف قوله انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك لان هناك جعل العتق شرطا للتطليق لانه علق الطلاق بعدمه على خطر الوجود فهذا هو معنى الشرط وصار مع بمعنى ان وقد يجيء مع بمعنى بعد قال الله تعالى ان مع العسر يسرا واذا كان الاعتناق شرطا للطلاق تقدم العتق على وقوع الطلاق لاحالة *

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قوله والاشارة تقع بالمنشورة منها * واعلم انه لا فرق بين الاشارة بالاصابع التي اعتمد الناس الاشارة بها وبين الاشارة بالاصابع الاخر كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة **قوله** عنها اعتبارا بطريق الحساب وعرفهم * وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فالعبرة للنشر وان كان الى الارض فالعبرة للضم * وقيل ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر وان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم كذا ذكره الامام الترمذى **قوله** حتى يقع في الاولى ثنتان يعنى صحت نيته ديانة في المسئلة حتى يقع في المسئلة الاولى ثنتان لانه نوى الاشارة بالمضمومتين وفي المسئلة الثانية واحدة لانه نوى الاشارة بالكف

تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتناق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين بقى شىء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر كما **قوله تعالى** فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط (ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تكبح زوجها غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد بن زوجه ايمالك الرجعة) عليها لان الزوج قرن الايقاع باعتناق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما يعقد المعلق سبعا عند الشرط والعتق يقارن الاعتناق لانه علمته اصل الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا نقدر عدتها بثلاث حيض * ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتناق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه تؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة تؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتناق لانه علمته فالطلاق يقارن التطليق لانه علمته فيقتربان *

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

(ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال صلى الله عليه وسلم 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 يحتمل لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترب بالعدد المبهم فبقى الاعتبار بقوله انت طالق (واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة او الشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة) وقال الشافعي يقع رجعا اذا كان بعد الدخول بها لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك *

الاولى ثنتان لانه نوى الاشارة بالمضمومتين وفي المسئلة الثانية واحدة لانه نوى الاشارة بالكف

ولنا انه وصفه بها يحتمل لفظه الا ترى ان البيئونة
 قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل بها فيكون هذا الوصف
 لتعيين امد 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 تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف
 يصلح لابتداء الايقاع (وكذا اذا قال انت طالق افحش
 الطلاق) لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو
 البيئونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث
 الطلاق (او اسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان
 او طلاق البدعة) لان الرجعي هو السنن فيكون طلاق
 البدعة وطلاق الشيطان بائنا * وعن ابي يوسف في قوله
 انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة
 قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية
 وعن محمد انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان
 يكون رجعي لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة
 الحيض فلا تثبت البيئونة بالشك (وكذا اذا قال كالجبل) لان
 التشبيه به يوجب زيادة لاحالة وذلك باثبات زيادة الوصف
 وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا * وقال ابو يوسف يكون
 رجعي لان الجبل شىء واحد فكان تشبيها به في توحيده
 (ولو قال لها انك طالق اشد الطلاق او كالفى او ملاء البيت
 فهى واحدة بائنة الا ان ينوى ثلثا) اما الاول فلانه وصفه
 بالشدّة وهو في البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض
 اما الرجعي فيحتمل وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر * واما
 الثانى فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدة اخرى
 يقال هو كالفى رجل ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند
 فقد انما يثبت اقلهما * وعن محمد انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد
 فيراد به التشبيه في العدد ظاهر افسار كما اذا قال انت طالق كعدد
 الفى * واما الثالث فلان الشىء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد
 يملأه اكثرته فإى ذلك نوى صحت نيته وعند انقضاء النية يثبت
 الاقل * ثم الاصل عند ابي حنيفة انه متى شبه الطلاق بشىء
 يقع بائنا اى شىء كان المشبه به ذكر العظم اولم يذكر
 لما مر ان التشبيه يقتضى زيادة وصف * وعند ابي يوسف
 ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اى شىء كان
 المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد

قوله ولنا انه وصفه بها يحتمل * فان قيل لو
 كان قوله انت طالق محتملا للبيئونة ينبغي ان تصح نية
 البيئونة في قوله انت طالق لان النية انما تعمل فيما احتمله
 اللفظ ولم يصح * قلنا النية تصح في الملفوظ لا في غير
 الملفوظ والبيئونة ما صارت ملفوظة فلا تعمل نيته كمن عليه
 السهو اذا سلم يريد به قطع الصلوة لا تعمل نيته بخلاف
 ما اذا قال انت طالق بائن فالبيئونة ملفوظة * وتحقيقه ان
 النية تعمل فيما يحتمل اللفظ لا فيما يحتمل ان يحصل باللفظ
 قوله ومسئلة الرجعة ممنوعة فهو كقوله انت طالق
 بائن عندنا هكذا ذكر الفقيه ابو الليث قوله
 اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل وهو قوله ونحن
 نقول نية الثلث انما صحت لكونه جنسا آخره في اوائل
 باب ايقاع الطلاق قوله وكذا اذا قال انت طالق
 افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن اى في الاحكام
 الاربعه وهى فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين
 ولو نوى الثلث فثلث ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله
 افحش الطلاق اخرى تقع تطليقتان * فان قيل ان قوله افحش
 افعال التفضيل فيقتضى ان يكون هناك فاحش وهذا افحش منه
 وليس هناك فاحش الا البائن وهذا افحش منه فتكون
 ثلثا قلنا هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين مجرد الاثبات
 قال الله تعالى وبعولتهن احق بردهن

اما ذكر العظم فللز زيادة لاحالة * وعند زفر ان كان المشبه
به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي *
وقيل محمد مع أبي حنيفة * وقيل مع أبي يوسف * وبيانه
في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة ومثل الجبل
ومثل عظم الجبل (ولو قال انت طالق تطليقة شديدة
او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة) لان ما لا يمكن
تداركه يشدد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال
لهذا الامر طول وعرض * وعن أبي يوسف انه يقع بها
رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو * ولو نوى الثلث
في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البيونة على ما مر
والواقع بها بائن *

فصل في الطلاق قبل الدخول

(واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها)
لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه
فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة (فان
فرق الطلاق بانته بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك
مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع
على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى
يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مباينة
(وكذا اذا قال لها انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة)
لما ذكرنا انها بانته بالاولى (ولو قال لها انت طالق واحدة
فما تت قبل قوله واحدة كان باطلا) لانه قرن الوصف بالعدد
فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل
قبل الايقاع فبطل (وكذا لو قال انت طالق ثنتين او ثلثا) لما بينا
وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى (ولو قال انت طالق
واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة)
والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف
ان فرنا بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخر كقوله جاءني
زيد قبل عمرو وان لم يقربها بهاء الكناية كان صفة للمذكور
اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي
ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله
انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلا
تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة

اختلفت بينهما لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق يذكر
الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة وقع الثلث لكون الواقع هو العدد وكان الاعتراف في صورتين للعدد لا للوصف

يكون بائنا عند أبي حنيفة وزفر ومثل عظم الجبل يكون بائنا
بالاجماع المركب فعند أبي حنيفة لوجود التشبيه وعند
أبي يوسف لوجود ذكر العظم وعند زفر لكون الجبل
عظيما عند الناس

فصل في الطلاق قبل الدخول

قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول وقعن
عليها * وفي البسوط وهذا عندنا وهو قول عمر وعلي وابن
عباس وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم * وقال الحسن البصري
تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا إلى عدة * وقوله ثلثا يصادفها
وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال لها انت طالق وطالق
وطالق * ولكننا نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالواقع
يكون بالعدد لان الواقع هو العدد واذا صرح بنكر العدد
كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا لو ماتت المرأة بعد
قوله طالق قبل قوله ثلثا لا يقع شيء وهذا لان الكل كلمة واحدة
في الحكم فان ايقاع الثلث لا يتأني بعبارة او جز من هذه والكلمة
الواحدة لا يفصل بعضها عن بعض بخلاف قوله طالق
وطالق وطالق لانها كلمات متفرقة **قوله** فان فرق الطلاق
بانته بالاولى وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق
وكذا لو قال انت طالق وطالق وطالق * وانما يفترق الحكم
بين ذكر الواو وعدمه اذا كان في آخره شرط او استثناء *
وقال في الايضاح اذا قال انت طالق طالق ان دخلت الدار
وهي غير مدخول بها بانته بالاولى ولم تتعلق الثانية
وان كان معطوفا نحو ان قال انت طالق طالق ان دخلت
الدار او تطلق ان دخلت الدار تعلقا جميعا بالدخول لان
قوله انت طالق من حيث انه جزء كلام قاصر يحتاج الى
ذكر الشرط ليتم الكلام بمعناه فيتوقف الاول والثاني
على ذكر الشرط فيتعلقان دفعة واحدة واذا لم يوجد حرف
العطف فالثاني صار فاصلا بين الاول وبين ما ذكر من
الشرط بعده فكان تنجيها وكذا لو قال انت طالق واحدة
واحدة وواحدة وقعت واحدة * وعند مالك تطلق ثلثا
لان الجمع يعرف بالجمع كالجمع بلفظ الجمع كما اذا قال انت
طالق واحدة ونصفا وانت طالق احدا وعشرين فان في الاول
تقع ثنتان وفي الثانية تقع ثلث وعند زفر تقع واحدة لان
المراد من نصف التطبيق كما لها فكانه قال انت طالق
واحدة وواحدة ولكننا نقول هذا كله ككلام واحد معنى
لانه لا يمكن ان يعبر عن واحدة ونصف بعبارة او جز من
هذا وكذا قوله انت طالق احدا وعشرين وان قال احد
عشر تطلق ثلثا بالاجماع لانه ليس بينهما حرف العطف فكان
الكل واحدا وكذا في البسوط * فان قيل الواو العاطفة
لم يطلق الجمع عندنا فحينئذ يجب ان يتوقف اول الكلام
على آخره في قوله انت طالق واحدة وواحدة ليتحقق الجمع *
قلنا لو توقف لصار للقران ولم يوضع للقران * فان قيل
لو لم يتوقف يصير للترتيب وهو ايضا ليس من مذهبننا *
قلنا الواو لم توضع للقران والترتيب ولكن لم يطلق
الجمع الا انه وقع الطلاق بالاول لوجود الايقاع وعدم
البائع فلم يبق محلا للثانية **قوله** وهذه تجانس ما قبلها
من حيث المعنى اي هذه المسائل الثلث وهو قوله انت
طالق واحدة فبانته قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل
قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلثا يوافق ما قبلها وهو قوله
فاذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن
قوله من حيث المعنى اي من حيث الدليل وهو ان
الواقع فيها جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم

اختلفت بينهما لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق يذكر
الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة وقع الثلث لكون الواقع هو العدد وكان الاعتراف في صورتين للعدد لا للوصف

قوله وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها وهذا لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكره محمد رحمه الله في قوله تعالى لفتق البحر قبل ان تنفذ كلمات ربي وقال النبي صلى الله عليه وسلم خللوا اصابكم قبل ان تتخللها نار جهنم* وجوابه مذکور في اصول الجامع كذا في الفوائد الظهيرية قوله وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب يعنى الجمع المطلق وان كان لا يتعرض للترتيب والقران بحسب الوضع ولكن ذلك الجمع لا يخلو عن احد هذين الامرين في الوجود والوقوع وعلى اعتبار ان يكون مرتبا في الوقوع لا يقع الا واحدة فلا تقع الثانية بالشك قوله كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال انت طالق واحدة واحدة فانه تقع واحدة بالاتفاق والمعلق بالشرط كالمفوض به عند وجود الشرط فلذلك اعتبر بالمنجز* فان قيل اليس انه لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لابل ثنتين فدخلت الدار طلقت لثنا ولو نجز بهذا اللفظ قبل الدخول لم يقع الا واحدة فعلم ان الترتيب في التنجيز لا يدل على الترتيب في التعليق وهذا لان المنجز طلاق فتبين بالاولى قبل ذكر الثانية والمعلق ليس بطلاق وانما يصير طلاقا عند الشرط ولنا صح تعلقه بالشرط ينزل عند وجوده جملة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على الترتيب* قلنا لابل لاستدراك الغلط باقامة الثاني مقام الاول وقد صح ذلك في التعليق لبقاء المعنى بعد ما تعلق الاول بالشرط فيتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالاولى والواو للعطف على تقرير الاول فيتعلق الثاني بالشرط بواسطة الاول ولما نجز بلا بل بانته بالاولى ولم يصح التكلم بالثنتين لغوات المعنى قوله لان الفاء للتعقيب في كلامه تنصيص على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالاولى لا الى عدة كما لو قال بشم وبعده بخلاف الواو ولو قال انت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلانا فعند ابي حنيفة ان كانت مدخولا بها تقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالكلام وان لم تكن مدخولا بها تقع واحدة في الحال ويلغوما بقي فاذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الاول بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها والا تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث وعندهما تعلق الكل بالشرط او اخر الا ان عند وجود الشرط تطلق لثنا ان كانت موطوءة والا تطلق واحدة* وهذا بناء على ان ثم للتراخي اتفاقا ولكنهم اختلفوا في اثر التراخي فقال ابو حنيفة وهو بمعنى الانقطاع كانه سكت ثم استأنف بعد الاول اعتبارا بكمال التراخي وقال التراخي راجع الى الوجود والحكم فاما في التكلم فمتصل قوله واما الضرب الثاني وهو الكنايات ذكر في اول باب ايقاع الطلاق ان الطلاق على ضربين صريح وكناية وقدم ذكر الصريح لانه الاصل في الكلام ثم شرع في الكناية قوله فيقتضى طلاقا سابقا لانه لما امرها بالاعتداد ولم يكن واجبا عليها قبل لا بد من تقديم ما يوجب ليصح الامر به فقدم الطلاق عليه كانه قال طلقك او انت طالق فاعتدى ضرورة صحة الامر والضرورة ترتفع باثبات اصل الطلاق فلا حاجة الى اثبات وصف رائد وهو البيئونة فلذلك كان الواقع به رجعي هذا بعد الدخول وقبل الدخول جعل مستعارة محضا عن الطلاق لانه سببه فاستعير الحكم لسببه ويجوز استعارة الحكم للسبب اذا كان مختصا به قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة اى اذا اردتم القيام اليها والافعال الاختيارية مخصوصة بالارادة السابقة وقال شرعا بطريق الاصالة انما هو في الطلاق واما في غير الطلاق

الجواب مشكل في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره الزيادة الاترى الى قوله تعالى فتعبر ربة من قبل ان يتعاسا والكتاب الطلاق فصل (٦٠) في الطلاق قبل الدخول

فحصلت الابانة بالاولى (ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لان القبليية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فافتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فتقترنان فتقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة لان البعديية صفة للاولى فافتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان (ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان) لان كلمة مع للقران* وعن ابي يوسف في قوله معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لا محالة 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 وقال تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين) بالاتفاق* لهما ان حرف الواو للمجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلاث 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 يقع الزائد 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 ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح (واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال) لانها غير موضوعة للطلاق بل تختمل وغيره فلا بد من التعيين او دلالة قال (وهي على ضربين منها ثلاثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدى واستبرئى رحمك وانت واحدة) اما الاولى فلانها تختمل الاعتداد عن النكاح وتختمل الاعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعيين بنيته فيقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد

(لانه)
 الله تعالى انى ارانى اعصر خيرا اى عينا والخبر مخصوصة بالعنب والاعتداد فيها والافعال الاختيارية مخصوصة بالارادة السابقة وقال شرعا بطريق الاصالة انما هو في الطلاق واما في غير الطلاق فبالعارض كالموت وحدث حرمة البصاهرة وارتداد الزوج وغيرها

لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلة
وتحتمل الاستبراء ليطلقها * واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون
نعنا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كأنه قاله
والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة
عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره
تحتاج فيه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها
مقتضى او مضمحل ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان
مضمرا اولى * وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا
لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب
الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لا يميزون
بين وجوه الاعراب قال (وبقية الكنايات اذ انوى بها الطلاق
كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين
كانت واحدة ومثل قوله انت بائن وبنة وبتلة
وحرام وحبلك على غار بك والحقى باهلك وخليية وبرية
وهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك
واختارى وانت حرة وتقنعى وتخمرى واستترى
واغربى واخرجى واذهبى وقومى وابتغى (الازواج)
لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال (الا ان يكون
في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا
يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه) قال رضى الله تعالى عنه
(سوى بين هذه الالفاظ وقال ولا يصدق في القضاء اذا كان
في حال مذاكرة الطلاق) قالوا (وهذا فيما لا يصلح ردا)
والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهى حالة الرضاء
وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام
ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لاردا وما يصلح جوابا
وسبا وشتمية * ففي حالة الرضاء لا يكون شئ منها طلاقا الا
بالنية فالقول قوله في انكار النية لما قلنا * وفي حالة مذاكرة
الطلاق لا يصدق فيها يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل
قوله خلية برية بائن بنة حرام اعتدى امرك بيدك اختارى لان
الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق * ويصدق فيما
يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبى اخرجى قومي تقنعى تخمرى
وما يجرى هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه
وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب
الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدى
واختارى وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل
على ارادة الطلاق *

قوله لانه تصريح بما هو المقصود منه لان المقصود من الاعتداد طلب
براءة الرحم فقوله استبرئى رحمك اى تعز في براءة رحمك فيحتمل ان
يريد الزوج بهذا طلقك او انت طالق فاستبرئى رحمك او يريد
استبرئى رحمك لا طلقك فاذا نوى الاول كان بمنزلة
اعتدى ونوى اعتداد الاقراء فيقع به الطلاق بعد الدخول
اقتضاء وقبل الدخول يجعل مستعارا محضا عن الطلاق استعارة
الحكم لسببه **قوله** لان قوله انت طالق فيها مقتضى
اى في قوله اعتدى واستبرئى على ما ذكر **قوله** او
مضر اى في قوله انت واحدة فان تقديره وانت طالق واحدة
قوله ولا معتبر باعراب الواحدة قيل انما يقع الطلاق اذا
قال واحدة بالنصب حتى يكون نعنا لمصدر محذوف اما
اذا قال واحدة بالرفع لا يقع شئ وان نوى وان لم يعرب
واحدة يحتاج الى النية * وقال عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى
الكل على الاختلاف لان العوام لا يميزون بين وجوه
الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة على هذا وهو الصحيح
قوله سوى بين هذه الالفاظ اى القنوعى رحمة الله
قوله والقول قوله في انكار النية لما قلنا وهو لانها
تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية وما يصلح جوابا لاراد
ثمانية الفاظ خلية برية بائن بنة حرام اعتدى امرك بيدك
اختارى ولكن الخمسة الاول تصلح للجواب وتصلح للسب
ولكن في عدم الصلاحية للرد تشترك الثمانية لان الظاهر
ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والقاضى مأمورا بتابع
الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجى
اذهبى اغربى قومي تقنعى استبرئى تخمرى اما صلاحية
هذه الالفاظ للرد ان يراد الزوج بقول اخرجى اى اتركى
سؤال الطلاق وكذلك اذهبى اغربى اذ اغربى من الغروب
هو البعد قومي اى عن طلب الطلاق تقنعى من القناعة
او من القناع وهى الخمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوى
اقتعى بها رزقك الله منى من امر المعيشة واتركى سؤال
الطلاق او اشتغلى بالتقنع الذى هو اهم لك من سؤال
الطلاق اذ التقنع يزنيك والتكشفي بشينك * وكذا قوله
استبرئى وتخمرى * وهو البراد من قوله وما يجرى هذا
المجرى وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال
الرد والسب * احتمال الرد في السبعة المذكورة مثل اخرجى
اذهبى واحتمال السب في الخمسة المذكورة التى في او اقل
الثمانية وهى خلية برية بائن بنة حرام فقوله انت خلية
نسبة الى الشراى خلية من الخير برية من حسن الخلق او
افعال المسلمين بنة اى لا اصل لك او مقطوعة عن الخيرات
حرام الصعبة او العشرة لسوء خلقك

قوله وعن أبي يوسف رحمه الله إلى قوله يصدق في حالة الغضب الحق أبو يوسف رحمه الله خمسة الفاظ أخرى وهي خليت سبيلك وفارقتك ولا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك والحقي باهلك بتلك الخمسة المذكورة التي تحتل السب لان فيها معنى السب ايضا فقوله لا ملك لي عليك اي لانك اقل من ان املكك او انسبك الى نفسي بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع انواع الشرفيك وخليت سبيلك كراهة منى لصحبك ولا التفت اليك بعد هذا لسوء خلقك وفارقتك اي في المسكن لسوء خلقك والحقي باهلك بمعنى فارقتك * ولما كان في هذه الالفاظ احتمال معنى السب لسوء الخلق وحالة الغضب تدل على ذلك كان متدينا في القضاء اذا قال لم ارد الطلاق * فالحاصل ان الفاظ الكناية عشرون في الكل يصدق قبل ذكر الطلاق وقبل الغضب فاما بعد ذكر الطلاق فيتنقسم على قسمين في سبعة منها يصدق قضاء كما يصدق في الكل قبل ذكر الطلاق وهي اخرجي واخواته وفي غير السبعة لا يصدق بعد ذكر الطلاق وهي ثلاثة عشر لفظا خلية برية بتقباين حرام اعتدى اختارى امرك بيدك ويصدق في العشرة وهي الخمسة المذكورة في ظاهر الرواية والخمسة الملحقة بها برواية ابي يوسف * واللاحق المروي عن ابي يوسف رواية الجامع الصغير لشمس الاثمة السرخسي ورواية الايضاح * واما رواية الجامع الصغير لفضل الاسلام ورواية القوائد الظهيرية فالخمس البروية عن ابي يوسف ملحقة بالالفاظ التي لا يدين الزوج في حالة الغضب ايضا كما لا يدين في حالة مذاكرة الطلاق وهي اعتدى اختارى امرك بيدك **قوله** والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها وهذا لانها لو ارد ان يقع في عهدتها بالرجعة بلا قصد ولا ينسد عليه باب التدارك بالنكاح لا يتمكن من ذلك الا باثبات البيونة الحقيقية لان في الغليظة ان لم يقع في عهدتها بالرجعة بلا قصد بان قبلته بشهوة ينسد عليه باب التدارك بالنكاح وهو يحتاج الى ان يتحقق له هذان الامران عدم الوقوع بالرجعة بلا قصد وعدم انسداد باب التدارك ولا يتم ذلك الا بثبوت الواحدة البائنة وكان القياس في الصريح هكذا الا ان الرجعة بعده ثبتت نوا بخلاف القياس وما ثبت بخلاف القياس نوا لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذه ليست في معناه لان تأثير هذه الالفاظ في المحل اكثر **قوله** وليست بكنايات على التحقيق جواب عن قول الشافعي لانها كناية عن الطلاق **قوله** والشرط تعيين احد نوعي البيونة المراد من نوعي البيونة هنا البيونة عن النكاح وعن غيره لا البيونة عن النكاح خفيفة وغليظة * هذا جواب عن قول الشافعي انه يشترط نية الطلاق ولولا ان الواقع طلاق لما احتيج الى نية الطلاق او هو جواب لسؤال يرد على قولنا وليست بكنايات وهو انها لو لم تكن كنايات لما احتيج الى النية فقال شرطت النية لتعيين احد انواع البيونة لما تراخمت جهات البيونة **قوله** وقد بيناه من قبل اشارة الى قوله في اوائل باب ايقاع الطلاق * ونحن نقول نية الثلث انها صحت لكونها جنسا الى آخره * وقوله انها تصح نية الثلث جواب سؤال ايضا وهو ان لفظ البائن لو كان عاملا بنفسه لما صح نية الثلث عندكم كما لا تصح نية الثلث في قوله انت طالق عندكم لانه عامل بنفسه * قلنا صح نية الثلث لتنوع البيونة الى خفيفة وغليظة **قوله** وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى وقوع الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية اي قضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كما اذا قال نويت بالكل تطليقة واحدة فهي كذلك فيما بينه وبين الله تعالى واما في القضاء فهي ثلث لانه لما نوى الطلاق بهن صار كانه قال انت طالق انت طالق لو قال ذلك وقال غنيت به التكرار صدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لان التكرار يدخل في الكلام فكان محتمل كلامه ولكنه بخلاف الظاهر لانه لا يفيد والقاضي مأمور باتباع الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء * فان قيل ينبغي ان لا يقع في قوله لم انو بالباقي شيئا لان الكلام متى امكن حمله على الحقيقة لا يجوز حمله على المجاز وان كانت الحقيقة على خلاف العادة لما عرف في مسئلة لا اشرب الماء ونوى شرب جميع البياض لا يحث ابدا وهنا امكن حمله على الحقيقة لوجوب العدة فالظاهر ارادتها فالولى ان لا يقع * قلنا لما اراد بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فيتبادر الذهن الى الطلاق فيقع بالثانية والثالثة ايضا وذكر الامام شمس الاثمة السرخسي والامام قاضيخان هذه المسئلة على اثني عشر وجها * احدها ان يقول لم انو الطلاق بشئ منها وفي هذا كان القول قوله كما لو ذكر ذلك مرة والثاني ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم انو بالباقيتين شيئا او يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا او يقول نويت بالكل الطلاق ففي هذه الوجوه تطلق ثلثا لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا نوى او لم ينو لان الاولى رجعي فيلحقه الباقي * والخامس واذا قال نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض فهو مدين في القضاء لما ذكر في الكتاب * والسادس ان يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق والثالثة الحيض فهو مدين ايضا في القضاء ومطلق ثنتين لما قلنا * والسابع ان يقول نويت بالاولى الطلاق والثالثة الحيض ولم انو بالثانية شيئا فانها تطلق ثنتين في هذين الوجوه لانه لما صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكل لفظ لم ينويه شيئا فهو طلاق وان قال لم انو بالاولى والثانية شيئا وعينت بالثالثة الطلاق فانه طلاق واحد لانه

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 ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبا * وقال الشافعي يقع بهار جمعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح * ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محل عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحملية 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 حقائهما والشرط تعيين احد نوعي البيونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال التوصل * وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البيونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح نية الثلثين عندنا خلافا لوزنر لانه عدد وقد بيناه من قبل (وان قال لها اعتدى اعتدى وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضادين في القضاء) لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له (وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث) لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق

(اختمين)
صدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لان التكرار يدخل في الكلام فكان محتمل كلامه ولكنه بخلاف الظاهر لانه لا يفيد والقاضي مأمور باتباع الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء * فان قيل ينبغي ان لا يقع في قوله لم انو بالباقي شيئا لان الكلام متى امكن حمله على الحقيقة لا يجوز حمله على المجاز وان كانت الحقيقة على خلاف العادة لما عرف في مسئلة لا اشرب الماء ونوى شرب جميع البياض لا يحث ابدا وهنا امكن حمله على الحقيقة لوجوب العدة فالظاهر ارادتها فالولى ان لا يقع * قلنا لما اراد بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فيتبادر الذهن الى الطلاق فيقع بالثانية والثالثة ايضا وذكر الامام شمس الاثمة السرخسي والامام قاضيخان هذه المسئلة على اثني عشر وجها * احدها ان يقول لم انو الطلاق بشئ منها وفي هذا كان القول قوله كما لو ذكر ذلك مرة والثاني ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم انو بالباقيتين شيئا او يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا او يقول نويت بالكل الطلاق ففي هذه الوجوه تطلق ثلثا لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا نوى او لم ينو لان الاولى رجعي فيلحقه الباقي * والخامس واذا قال نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض فهو مدين في القضاء لما ذكر في الكتاب * والسادس ان يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق والثالثة الحيض فهو مدين ايضا في القضاء ومطلق ثنتين لما قلنا * والسابع ان يقول نويت بالاولى الطلاق والثالثة الحيض ولم انو بالثانية شيئا فانها تطلق ثنتين في هذين الوجوه لانه لما صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكل لفظ لم ينويه شيئا فهو طلاق وان قال لم انو بالاولى والثانية شيئا وعينت بالثالثة الطلاق فانه طلاق واحد لانه

لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى والثانية فلا يقع بهما شيء وإنما يقع الثالثة لاجل النية وكذا لو قال لم ائو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهي واحدة * والحادي عشر هو ان يقول لم ائو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق ولم ائو بالثالثة شيئا فهي شتان لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند ذكرته في حال مذاكرة الطلاق فصار طلاقا بالنية والثالثة عشر اذا قال اعتدى ثلثا وقال نويت بالثلث ثلث حيض فهو كما قال في القضاء امانية الطلاق في قوله اعتدى صحيح لما قلنا ويلزمها الاعتداد بثلث حيض فكان الظاهر شاهدا فيما نوى ونصب الثلث دل على ذلك كانه قال بثلث حيض

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

قوله لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم روى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضى الله عنهم قالوا في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار مادام في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها قوله ولانه تملك الفعل منها فان قيل ينبغي ان لا يبقى للزوج ولاية التطلق بعد التملك كما في تملك الاعيان * قلنا هذا الملك ثابت بطريق الضرورة اذ من المحال ان يقوم ملك التطلق القائم بالرجل بعينه بالمرأة بل يقوم بها مثل ما قام به فصار بمنزلة التوكيل حيث بقيت الولاية للموكل وكان القياس ان يبقى بعد المجلس الا انه اقتصر على المجلس لنا ذكرنا من اجماع الصحابة رضى الله عنهم على انا نقول التضايق انما يكون في الاعيان المحسوسة فان العين المحسوسة اذا كان كله مملوكا لاحد استحال الملك فيه لغيره فيلزم من ثبوت الملك للموهوب له انقطاع ملك الواهب فاما لا تضايق في الولايات الشرعية الا ترى ان الاخوين تثبت لكل واحد منهما ولاية تزويج اختهما كقوله والتمليك تقتضى جوابا في المجلس وانما كان كذلك دفعا لضرر الملك وهذا لان الزوج انما خيرها لتظهر رغبته فيه من رغبته عنه وكذا البائع يتضرر بخيار القبول بعد مرور الايام اذ البائع لا يطلب مشتريا آخر اعتمادا على قبوله قوله لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء * قوله ثم الواقع بها بائن وهو قول على رضى الله تعالى عنه وعلى قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما واحدة رجعية وعلى قول زيد اذا اخترت نفسها فثلت فكانه عمل هذا على اتم ما يكون من الاختيار وعمر وابن مسعود حمله على ادنى ما يكون منه وهو التولية الرجعية ولكننا تأخذ في هذا بقول على رضى الله تعالى عنه كذا في المبسوط قوله ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع لانه ينبنى عن الخلوص والصفوة وذلك لا يتنوع لان الصفوة اذا حصلت لها بالاختصاص بنفسها فبعد ذلك لا تزداد هي بانضمام شيء آخر به ولان الاختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص وثبوت البيئونة فيه مقتضى ثبوت الخلوص والصفوة فلم يصح فيه نية العموم ولانه انما صار طلاقا باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا خلاف في الواحدة فثبت بخلاف الابانة لان البيئونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وبخلاف الامر باليد فان الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد الاشياء كلها وبخلاف قوله طلق نفسك فانه مختص بقوله افعل فعله التطلق فكان هو محتملا للعموم والخصوص فاذا نوى الثلث فقد نوى العموم فيصح قوله ولا بد من ذكر النفس اى نفس المرأة او ما يقوم

تعيين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم ائو 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 يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

واذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق او قال لها طلقى نفسك فلها ان تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولانه تملك الفعل منها والتمليك تقتضى جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة لان المجلس نارة يتبدل بالذهاب عنه ونارة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرها ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض * ثم لا بد من النية في قوله اختارى لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره (فان اختارت نفسها في قوله اختارى كانت واحدة بائنة) والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسنه لاجماع الصحابة رضى الله عنهم ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم * ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن (ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك) لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البيئونة قد تتنوع قال (ولا بد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها حتى لو قال لها اختارى فقالت قد اخترت فهو باطل) لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة

مقام ذكر النفس من التطلق او الاختيار او ما يكون كناية عن ذلك في كلامه او كلامها بان قال لها الزوج اختارى نفسك او قال لها اختارى اختيارة وقالت اخترت ابي او امي او اهلي او الازواج وكان القياس في قولها اخترت ابي او امي ان لا يقع شيء لانه لم يوجد في لفظها ما يدل على اختيار البيئونة لسكننا نستحسن فتوقع لان الزوج لو قال لها الحق باهلك ونوى الطلاق يكون طلاقا فكذلك اختيارها الانضمام اليهم اختيار البيئونة كذا في الايضاح

قوله لان اختيارها نفسها والذى يتعد مرة بان قال لها اختارى نفسك بطلاقك ويتعد اخرى بان قال لها طلقى نفسك بما شئت او اختارى نفسك بثلاث تطليقات والتعدد من خواص الطلاق اما اختيارها زوجها فانه لا يتعدد لانه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد **قوله** وجه الاستحسان حديث عائشة رضی الله عنها وهو ما روى لما نزل **قوله تعالى** يا ايها النبي قل لا ارا جاك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها الآية **بدا** رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضی الله عنها فقال لها انى غيرك فلا تجيبينى حتى تستأمرى ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت انى هذا استأمر ابوى لابل اختار الله ورسوله وجعل رسول الله عليه الصلوة والسلام هذا الكلام منها ايجابا بخلاف قولها اطلقى نفسى لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة لانه لا حال هنا حتى يحمل الكلام عليه من قبل ان الايقاع باللسان دون القلب فلم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضى وجود المحكى عنه **قوله** كالمجتمع فى المكان فالقوم اذا اجتمعوا فى مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب فى فعل الاعيان يقال هذا جاء اول وهذا جاء آخر فاذا لغا ذلك بقى قولها اخترت ولان الاولى والوسطى كما يصلح نعتا للتطبيقه يصلح نعتا للاختيار الحاصلة منها **ولو** اقتضت على قولها اخترت كان جوابا للكل فلا يتغير ذلك بكلام محتمل بخلاف ما لو اختارت التطبيقه لان التطبيقه لا تتناول الثلث فاذا لغا ذلك فى حق الاصل وهو الترتيب لغا فى حق البناء وهو الافراد بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلث * فان قيل فاذا لغا فى حق الترتيب بعدم امكانه فلم يلفو فى حق الافراد وهو ممكن * قلنا الكلام وضع للترتيب والافراد ثبت ضمنا وضرورة فبقي لغا الاصل لغا ما فى ضمنه ضرورة فان قيل فينبغى ان لا يقع شىء لانه لما لغا ذكر الترتيب بقى قولها اخترت وبهذا اللفظ لا يقع الطلاق ما لم نقل اخترت نفسى * قلنا هذا اذا لم يكن فى لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق وهنا فى لفظه ما يدل على ذلك وهو قوله اختارى ثلاث مرات وقيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد التفريع دون بيان صفة الجواب **قوله** فهى واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة * ومثله فى بعض نسخ الجامع الصغير والصولب انه لا يملك الرجعة وهكذا ذكر فى الجامع الكبير لان الاعتبار لجانب التفويض الا ترى انه لو امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج **قوله** وان قال لها امرك بيدك فى تطليقة او اختارى تطليقة فاخترت نفسها اى قالت اخترت نفسى فهى واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطبيقه وهى معقبة للرجعة * فان قيل قوله امرك بيدك او اختارى يفيد البينونة فلا يجوز صرفها عنه الى غيرها * قلنا لما قرنه بالصریح علم انه اراد به الرجعى كما لو قرن الصريح بالبائن بان قال انت طالق بائن فانه يتبين به انه اراد به البائن * فان قيل لو كان جعل لها الاختيار بتطبيقه كان قوله هذا فى التقدير بمنزلة قوله طلقى نفسك وقد ذكرنا ان قولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقى نفسك * قلنا آخر كلامه لنا صار تفسيره للاول كان العامل هو المفسر والمفسر هو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا لذلك كذا ذكره الامام قاضىخان فى الجامع الصغير

كتاب الطلاق باب (٦٤) تفويض الطلاق فصل فى الاختيار من احد الجانبين ولان المبهوم لا يصح تفسيره للمبهوم الآخر ولا تعيين مع الابهام (ولو قال اختارى نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة) لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته (وكذا لو قال اختارى اختيارا فقالت اخترت) لان الهاء فى الاختيار تنبى عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانب (ولو قال اختارى فقالت قد اخترت نفسى يقع الطلاق اذا نوى الزوج) لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه (ولو قال اختارى فقالت انا اختار نفسى فهى طالق) والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمل فصار كما اذا قال لها طلقى نفسك فقالت انا اطلقى نفسى * وجه الاستحسان حديث عائشة رضی الله عنها فانها قالت لابل اختار الله ورسوله واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة فى الحال وتجوز فى الاستقبال كما فى كلمة الشهادة واداء الشاهد الشهادة بخلاف قولها اطلقى نفسى لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسى لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها (ولو قال لها اختارى اختارى فقالت عد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا فى قول ابى حنيفة) ولا يحتاج الى نية الزوج وقالوا تطلق واحدة) وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر * لهما ان ذكر الاولى وما يجرى مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد * وله ان هذا وصف لغوى لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان والكلام للترتيب والافراد من ضرورته فاذا لغا فى حق الاصل لغا فى حق البناء (ولو قالت اخترت اختيارا فهى ثلاث فى قولهم جميعا) لانها للمرة ناصارت كما اذا صرحت بها ولان الاختيار للتأكد وبدون التأكد تقع الثلث فمع التأكد اولى (ولو قالت قد طلقت نفسى او اخترت نفسى بتطبيقه فهى واحدة يملك الرجعة) لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة (وان قال لها امرك بيدك فى تطليقة او اختارى تطليقة فاخترت نفسها فهى واحدة يملك الرجعة) لانه جعل لها الاختيار لكن بتطبيقه وهى معقبة للرجعة بالنص

فصل في الامر باليد

(وان قال لها امرك بيدك ينوى ثلثا فقالت قد اخترت نفسي
بواحدة فهي ثلث) لان الاختيار يصاح جوابا للامر باليد لكونه
تمليكا كالتمخير والواحدة صفة للاختيار فصار كأنها قالت
اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث (ولو قالت
قد طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطبيقه فهي
واحدة بائنة) لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى
الاختيار وفي الثانية التطبيق الا انها تكون بائنة لان التفويض
في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير
الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع * وانما تصح
نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص
ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختارى لانه لا يحتمل العموم
وقد حققناه من قبل (ولو قال امرك بيدك اليوم وبعد غد لم
يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك
اليوم وكان الامر بيدها بعد غد) لانه صرح بذكر وقتين
بينهما وقت من جنسهما لم يتناول الامر اذ ذكر اليوم بعبارة
الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبردا احدهما لا يرتد الآخر *
وقال زفرهما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد
غد * قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد يحتمل في وقت
الامر بالاول وجعل الثاني امرا مبتدأ (ولو قال امرك بيدك
اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في
يومها لا يبقى الامر في يدها في غد) لان هذا امر واحد
لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم
يتناوله الكلام وقد يفهم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار
كما اذا قال امرك بيدك في يومين * وعن ابى حنيفة انها
اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانه لا تملك رد
الامر كما لا تملك رد الايقاع * وجه الظاهر انها اذا اختارت
نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت
زوجها برد الامر لان الخبير بين شئيين لا يملك الا اختيار
احدهما * وعن ابى يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك
اليوم وامرك بيدك غدا فهما امران لما انه ذكر لكل
وقت خيرا بخلاف ما تقدم

فصل في الامر باليد

قوله وهو في الاولى الاختيار وهو قولها قد اخترت
نفسى بواحدة وفي الثانية التطبيق وهو قولها قد طلقت
نفسى بواحدة وانما كان كذلك لان الواحدة صفة فلا بد لها
من موصوف وهو محذوف فوجب اثبات ذلك على حسب
ما يدل عليه المذكور السابق والمذكور السابق في الاولى
قولها اخترت فيجب اثبات الاختيار التي تدل عليها اخترت
وفي الثانية طلقت فيجب اثبات التطبيق ولا يجوز ان
يكون الموصوف المرة على معنى طلقت نفسي مرة واحدة
لان لا دليل عليه * فان قيل يدل عليه قوله امرك بيدك اذ هو
التفويض العام * قلنا اثبات التطبيق اولى لكونها متيقنا بها
قوله لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها
اي الزوج ملكها امرها بقوله امرك بيدك ولا تملك امرها
الا اذا فوض اليها البائن فيصير التفويض في البائن ضرورة
قوله ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل
فيه الليل وقوله بعد ذلك اذا ذكر اليوم بعبارة الفرد
لا يتناول الليل لتعليل لقوله لم يدخل فيه الليل ولما كان بينهما
وقت من جنسهما لم يتناوله الامر علم انه ليس المراد بذكر
الوقت الثاني امتداد الامر الاول فاقتضى ضرورة ايجاب
امر آخر فاما اذا قال وغدا فاحد الوقتين متصل بالوقت
الآخر فكان ذكر الغد لامتداد حكم الامر اليه فلا يثبت
به الامر الآخر اذ لا ضرورة فيه قوله وقد يهجم الليل
ومجلس المشورة لا ينقطع يريد به ان تتخلل الليلة لا يجعلها
مدتين لان القوم قد يجلسون للمشورة فيهمج الليل ولا تنقطع
مشورتهم ومجلسهم * وقال زفر اذا قال امرك بيدك اليوم وبعد
غد فانه امر واحد كما اذا قال انت طالق اليوم وبعد غد *
قلنا الامر باليد يحتمل التوقيت فيتوقت الامر الاول
بالوقت الاول وجعل الثاني امرا مبتدأ لانه يتخلل بينهما ما ليس
بوقت للامر فبردا الاول لا يرتد الثاني والطلاق لا يحتمل
التوقيت وجاز ان يكون في اليوم وبعد غد بطلاق
واحد فلا يحتاج الى طلاق آخر قوله لانها لا تملك رد
الامر كما لا تملك رد الايقاع اي ليس للمرأة ان تقول لا
اقبل الامر باليد فيكون الامر في يدها من غير قبول منها
فلا يرتد بردها كما انه ليس لها ان تقول لا اقبل ايقاع الطلاق
بل يقع عليها من غير قبولها فلا يرتد بردها جعل ردها الامر
في اليوم بمنزلة قيامها عن المجلس او اشتغالها بعمل آخر *
وجه ظاهر الرواية ان الوقت المذكور هنا بمنزلة المجلس
في قوله امرك بيدك مطلقا وهناك لو اختارت زوجها خرج
الامر من يدها وان بقى المجلس فهنا اذا اختارت زوجها
يخرج الامر من يدها ايضا وهذا لان لها الخيار بين ان تختار
نفسها بايقاع الطلاق وبين ان تختار زوجها برد الامر ولو
اختارت نفسها طلقت ولم يسبق لها خيار في الغد فكذلك
اذا اختارت زوجها لا يبقى لها الخيار في الغد * وعن ابى
يوسف رحمه الله اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك
غدا فهما امران حتى اذا اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد
لها ان تختار نفسها جعل شمس الاثمة السرخسى هذه
الرواية صحيحة

(وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدمه حتى جن الليل فلا خيار لها) لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بيانه النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقض بانقضاء وقته (واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما ولم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر) لان هذا تمليك التطبيق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه (ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لاتسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها) لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في عمه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار (ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام) لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأى بخلاف ما اذا مكثت يوما ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او ما يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه لامطلق العمل (ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها) لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأى (وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة ففعلت) لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت مخبئة فتربع قال رضى الله تعالى عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت خيار لها لان الانكاه اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا * والاول هو الاصح * ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله (ولو قالت ادع ابى استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها) لان الاستشارة لتحرى الصواب والاشهاد للمحترز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض (وان كانت تسير على دابة اوفى محمل فوفقت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها) لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها (والسفينة بمنزلة البيت) لان سيرها غير مضاف الى ركبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر *

قوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد حققناه من قبل اي في فصل اضافة الطلاق وقوله وان كانت لاتسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا التمليك فيه معنى التعليق * فان قيل لما كان فيه من معنى التعليق ينبغي ان لا يعتبر مجلسها كما لا يعتبر مجلس الزوج وبالنظر الى معنى التمليك كان ينبغي ان لا يتوقت * قلنا التمليك فيه معتبر بتمليك المنافع كالاجارة والعارية لا بتمليك الاعيان كالبيع والهبة فان الاجارة والعارية قابلة للتوقيت وان كانت للتمليك فكذا هنا ولما لم يكن في الامر المطلق توقيت يراعى وجوده اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالافتقار على مجلس العلم واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان **قوله** بخلاف البيع حيث لا يتوقف فيه الايجاب على ما وراء المجلس ويعتبر مجلس البائع ويصح رجوعه قبل القبول لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق **قوله** ومرة بالاخذ في عمل آخر اي عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه لانفس العمل حتى لو شربت ماء لا يبطل الامر لانها قد شربت لتتمكن من الكلام في حال المشاجرة والخصام قد يحرف الفم فلا يقدر على الكلام ما لم يشرب ذاك يكون ذا دليل الاعراض وكذلك ان اكلت شيئا يسيرا من غير ان يدعى بالطعام اولست ثيابها من غير ان تقوم من ذلك المجلس اوسبحت او قرأت آية او كانت في مكتوبة فانت في تطوع فانت الشفع ولو شرفت في شفع آخر خرج الامر من يدها * وروى ابن سبعة عن محمد رحمه الله في الاربعة قبل الظهر انها بمنزلة صلوة واحدة والوتر كالمكتوبة لان ذا عمل قليل بخلاف ما اذا دعيت لطعام فاكلت او نامت او امتشطت او اغتسلت او اختضبت او جامعها زوجها لا اشتغالها بعمل آخر لا يحتاج اليه وليس ذا من عمل الاختيار * وكذا يعتبر مجلسها في قوله لها اختارى نفسك وفي قوله طلقى نفسك وانت طالق ان شئت وفي قوله لا جنبي امر امرأتى بيدك او قال له طلقها اذا شئت وان شئت او امر امرأتى بيدك في ان تحلها وكذا في قوله اعتق عبدى اذا شئت بخلاف الوكيل بالبيع اذا قيل له بعد ان شئت حيث لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق فلم يتقيد بالمجلس بخلاف قوله لامرأته طلقى ضرتك لانه توكيل ولهذا يملك الرجوع عنه كذا ذكره الامام الترمذى **قوله** والاول هو الاصح لان الاتكاه استناد والاستناد اجمع للرأى ولان الاتكاه نوع جلسة فلا يتغير به ما هو الثابت للجلاس **قوله** والسفينة بمنزلة البيت لا يبطل خيارها بسيرها لان سيرها غير مضاف الى ركبها قال الله تعالى وجريين بهم وهي تجري بهم بخلاف الدابة لان سيرها ووقوفها مضاف الى ركبها فان اوقفت الدابة واختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين فحينئذ يصح اختيارها لان دليل الاعراض انما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد * وكذلك ان كان معها على تلك الدابة او كانا في محل واحد * وهكذا الجواب في البيع ان اتصل ببول المشتري بايجاب البائع من غير سكتة بينهما في هذا الفصل يعقد البيع والا فلا كذا في المبسوط *

فصل في المشيئة

(ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لان قوله طلقى معناه افعلى فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المقوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثلثين لاتصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكومة امة لانه جنس في حقها (وان قال لها طلقى نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق) لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته ابنتك ينوى به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانك فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوى الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقى نفسك ليس بتخيير فيه فيلغو وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع شيء بقولها ابنت نفسي لانها انت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق (ولو قال لها طلقى 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 طلقى ضرتك لانه توكيل وابانة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع (وان قال لها طلقى نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده) لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في اي وقت شئت (واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده) وله ان يرجع عنه لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقى نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكها لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج ان يرجع *

فصل في المشيئة

قوله وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها لان قوله طلقى مختصر من افعلى فعل التطليق والمختصر من الكلام كالمطول وقد صحت نية الثلث في المطلق فكذا في المختصر وهذا بخلاف قوله طلقتك لانه وان دل على المصدر لكنه في الاعمال اخبار عن طلاق سابق فيقتضى طلاقا تصحيحا لاخباره والثابت اقتضاء ثابت بطريق الضرورة وما ثبت ضرورة لا يعدو موضعها والضرورة تندفع بطلاق واحد فلا يثبت الزائد كما في قوله انت طالق * واما في قوله طلقى نفسك فامر بالتطليق وضعا لاضرورة فيحتمل العموم لانه اسم جنس واسم الجنس يقع على الادنى ويحمل الكل حتى اذا نوى الكل صح كما لو حلف ان لا يشرب الماء * ولو قال لها طلقى نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت وكذا لو قالت انا حرام او بائن او برية او برة * وقالوا لا يصح منها البائن على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله كما لو امرها بواحدة فطلقت ثلثا او ثلثا فطلقت الفا او نطق تطليقة او الفا فطلقت ثلثا يقع وان كانا في الحكم سواء لانه يعتبر اللفظ كذا في الجامع الصغير للمبراشي * ويكفي ان يقال هنا موافقة في الاصل فجعل جوابا * وفي قوله طلقى نفسك نصف تطليقة مخالفة في الاصل اذ النصف الزائد اصل او انت بغير ما فوض اليها لان المقوض اليها نصف الطلاق الذي يكون ساريا وفي الباقي مخالفة في الايجاب حين انت بغير ما فوض اليها من الايجاب قوله وينبغي ان تقع تطليقة رجعية هذا شرح لا طلاق جواب محمد وهو قوله طلقت فان محمدا لم يتعرض لوصف الابانة فكان رجعي نظرا الى الاطلاق وهو المتيقن قوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق * قوله وان قال لها طلقى نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين الى قوله بخلاف ما اذا قال لها طلقى ضرتك لانه توكيل وابانة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع * فان قيل في قوله طلقى ضرتك معنى التعليق ايضا فكان ينبغي ان يقع لازما في جانبه ولا يقبل الرجوع * قلنا لا يمكن اعتبار التعليق في ضمن الوكالة اذ الوكالة من العقود المجازة فلو اعتبرنا التعليق فيه تبطل حقيقته فيؤدي الى ابطال ما في ضمنه والتمليك من العقود اللازمة فيلزم التعليق فاعتبر قوله * قوله وانه استعانة فلا يلزم اي في جانب الزوج ولا يقتصر على المجلس اي في جانب الوكيل وهذا لانه امر بايقاع الطلاق والامر لا يقتضى الاثمار على الفور اعتبارا باوامر الشرع وبسائر الوكالات ويقبل الرجوع لثلا يعود على موضوعه بالنقض وهذا لانه انما استعان بغيره في حاجته لكون التصرف له لا عليه فلو الزمناه فربما تزول حاجته فيصير التصرف عليه فيتضرر به ولان الوكيل يعمل للموكل وفي لحوق المنة ضرر فله ان يرجع *

قوله وقال زفر هذا والاول سواء هو قوله لرجل طلق امرأتى قوله والمالك هو النوى يتصرف عن مشيئته * فان قيل لو قال لاجنبي طلق امرأتى كان الوكيل متصرفا ايضا عن مشيئة واختيار فلم لا يكون تمليكاً * قلنا انما نشأ ذلك للاختيار والمشيئة من عدم نفاذ الامر عليه لعدم الولاية لا من الصيغة فان الصيغة ملزمة اذا صدرت من ذى ولاية ولما قال للاجنبي ان شئت فالمشيئة جاءت من الصيغة صراحة واثبتت خاصية المالكية فكان هذا الكلام للتملك لا للالزام الا ترى ان الله تعالى لو قال اعملوا كذا ان شئتم لم يكن الزاماً وكان تمليكاً بخلاف المشيئة الثابتة للوكيل في عدم نفاذ ولاية الزام الامر وكلامنا في المشيئة المستفاد من الصيغة * والحاصل ان المشيئة نوعان نوع يذكر ويراد به الاختيار في الفصل بمعنى نفي الغلبة ورفع الاضطرار والوكيل موصوف بهذه المشيئة * والنوع الثاني الايثار يقال ان شئت ففعلت كذا وان شئت لم تفعل بمعنى ان شئت اثرت الفعل على الترك او ترك الفعل والا يثار بينى عن استعسان الفعل والتحصيل له لزيادة رغبة فيه وانه لحسنه وانه معنى آخر وراء المشيئة بمعنى نفي الغلبة والوكيل غير موصوف بالمشيئة بهذا الاعتبار لان الموكل هو السدى يؤثر الفعل والترك والموجود من الموكل في حق الوكيل ليس الاستعارة للسان وتحصل العبارة باختياره من غير تحصيل النظر في مصلحة الفعل وتركه فاذا فوض الامر الى غيره قطع تدبيره ورأيه في مصلحة الامر وتركه وهذا صفة المالك لاصفة الوكيل فكان قوله ان شئت تمليكاً لا توكيلاً فتبين بهذا ان التصريح بالمشيئة ليس كعدمه فان التصرف بذكر المشيئة صار تمليكاً بعد ان كان توكيلاً وانها غير محمولة على نفي الاضطرار بل على المعنى الثاني وهو النوى بوجوب الزوج ويثبتها صيانة لتصرف العاقل عن الالغاء اذ لو حملت على نفي الاضطرار لم يفد الا ما افاده السكوت عن ذكر المشيئة وفيه الغاء تصرف العاقل وهذا بخلاف البيع لان تملك الطلاق فيه معنى اليمين لان فيه تعليق الطلاق بالتطبيق وفي قوله طلقها ان شئت تملك فيه تعليق الطلاق بالمشيئة والطلاق يحتمل ذلك والبيع مما لا يحتمل التعليق بالشرط فيلغو ذكر المشيئة فيه **قوله** بخلاف البيع لانه لا يحتمله * فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل قابل للتعليق * قلنا اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قوله** والتلث غير الواحدة وهذا لان التلث غير الواحدة لفظاً وكذا حكما لثبوت الحومة الغليظة بالتلث دون الواحدة وكذا اختلفا في وقت الوقوع لان وقت الواحدة بعد الفراغ عن قوله طلقت ووقت وقوع التلث بعد الفراغ عن قوله فاذا ثبتت المغايرة بينهما في اللفظ والحكم ووقت الوقوع يكون معرضة عما فوض اليها فيلغو فصار الاصل في هذا ان المرأة تصلح ان تكون مجيبة للزوج بها في ضمن كلامه ولا تصلح ان تكون مجيبة بها في ضمن كلامها لان المتضمن يثبت على حسب المتضمن فاذا كانت مبتدئة في المتضمن لم تصلح مجيبة فيما في ضمنه وهذا لان الواحد من التلث قائم بهذه الجملة فاذا لم تثبت الجملة لا يثبت ما يقوم بها لان المتضمن متى لم يثبت كيف يثبت المتضمن كمن شهد انه قال لامرأته انت خلية وشهد آخر انه قال انت برية في حال مذاكرة الطلاق لا يقضى بشيء لان المتضمن لم يثبت فبطل طلب الموافقة في المضمون وهذا بخلاف ما اذا طلق الزوج الفا لانه يتصرف بحكم الملك فصع تصرفه فيما يملك ولغا فيما لا يملك الا ترى ان الزوج اذا طلق امرأته على غير وجه السنة يقع لانه بحكم الملك * ولو قال لها طلقى نفسك للسنة فطلقت لاعلى وجه السنة لا يقع لانها ملكة بالتفويض فتملك بقدر ما فوض اليها **قوله** لانها انت بالاصل وهو قولها طلقت نفسي وزيادة وصف وهو قولها واحدة بائنة * فان قيل اذا قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا بقولها طلقت نفسي ثلثا واقعة في قولها طلقت نفسي حتى لو اقتصرت عليه تكون ممثلة * وانما خالفته في قولها ثلثا فكان ينبغي ان يلغى الثلث وتكون ممثلة في ايقاع الواحدة عند ابي حنيفة رحمه الله * قلنا الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بالعدد باللفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا وكذا لو ماتت قبل قوله ثلثا لا يقع الطلاق فاذا كانت مبتدئة في كلمة الايقاع لم يقع عليها شيء بدون اجازته وبه فارق صفة بينونة لان قولها انت نفسي معناه طلقت نفسي تطلق بائنة واصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسي لا بذكر صفة بينونة وهي في ذلك ممثلة امره *

كتاب الطلاق باب تفويض (٦٨) الطلاق فصل في المشيئة

وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له **بعه ان شئت** * ولنا انه تملك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو النوى يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله (ولو قال لها طلقى نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة) لانها ملكة ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة وقالا تقع واحدة) لانها انت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا * ولا يبي حنيفة انها انت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكة الثلث اما ههنا لم تملك الثلث وما انت بها فوض اليها فلغت (وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج) فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقى نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها انت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول لها طلقى نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف

(فصار)

فان قيل لو قال لرجل طلق امرأتى قوله والمالك هو النوى يتصرف عن مشيئته * فان قيل لو قال لاجنبي طلق امرأتى كان الوكيل متصرفا ايضا عن مشيئة واختيار فلم لا يكون تمليكاً * قلنا انما نشأ ذلك للاختيار والمشيئة من عدم نفاذ الامر عليه لعدم الولاية لا من الصيغة فان الصيغة ملزمة اذا صدرت من ذى ولاية ولما قال للاجنبي ان شئت فالمشيئة جاءت من الصيغة صراحة واثبتت خاصية المالكية فكان هذا الكلام للتملك لا للالزام الا ترى ان الله تعالى لو قال اعملوا كذا ان شئتم لم يكن الزاماً وكان تمليكاً بخلاف المشيئة الثابتة للوكيل في عدم نفاذ ولاية الزام الامر وكلامنا في المشيئة المستفاد من الصيغة * والحاصل ان المشيئة نوعان نوع يذكر ويراد به الاختيار في الفصل بمعنى نفي الغلبة ورفع الاضطرار والوكيل موصوف بهذه المشيئة * والنوع الثاني الايثار يقال ان شئت ففعلت كذا وان شئت لم تفعل بمعنى ان شئت اثرت الفعل على الترك او ترك الفعل والا يثار بينى عن استعسان الفعل والتحصيل له لزيادة رغبة فيه وانه لحسنه وانه معنى آخر وراء المشيئة بمعنى نفي الغلبة والوكيل غير موصوف بالمشيئة بهذا الاعتبار لان الموكل هو السدى يؤثر الفعل والترك والموجود من الموكل في حق الوكيل ليس الاستعارة للسان وتحصل العبارة باختياره من غير تحصيل النظر في مصلحة الفعل وتركه فاذا فوض الامر الى غيره قطع تدبيره ورأيه في مصلحة الامر وتركه وهذا صفة المالك لاصفة الوكيل فكان قوله ان شئت تمليكاً لا توكيلاً فتبين بهذا ان التصريح بالمشيئة ليس كعدمه فان التصرف بذكر المشيئة صار تمليكاً بعد ان كان توكيلاً وانها غير محمولة على نفي الاضطرار بل على المعنى الثاني وهو النوى بوجوب الزوج ويثبتها صيانة لتصرف العاقل عن الالغاء اذ لو حملت على نفي الاضطرار لم يفد الا ما افاده السكوت عن ذكر المشيئة وفيه الغاء تصرف العاقل وهذا بخلاف البيع لان تملك الطلاق فيه معنى اليمين لان فيه تعليق الطلاق بالتطبيق وفي قوله طلقها ان شئت تملك فيه تعليق الطلاق بالمشيئة والطلاق يحتمل ذلك والبيع مما لا يحتمل التعليق بالشرط فيلغو ذكر المشيئة فيه **قوله** بخلاف البيع لانه لا يحتمله * فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل قابل للتعليق * قلنا اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قوله** والتلث غير الواحدة وهذا لان التلث غير الواحدة لفظاً وكذا حكما لثبوت الحومة الغليظة بالتلث دون الواحدة وكذا اختلفا في وقت الوقوع لان وقت الواحدة بعد الفراغ عن قوله طلقت ووقت وقوع التلث بعد الفراغ عن قوله فاذا ثبتت المغايرة بينهما في اللفظ والحكم ووقت الوقوع يكون معرضة عما فوض اليها فيلغو فصار الاصل في هذا ان المرأة تصلح ان تكون مجيبة للزوج بها في ضمن كلامه ولا تصلح ان تكون مجيبة بها في ضمن كلامها لان المتضمن يثبت على حسب المتضمن فاذا كانت مبتدئة في المتضمن لم تصلح مجيبة فيما في ضمنه وهذا لان الواحد من التلث قائم بهذه الجملة فاذا لم تثبت الجملة لا يثبت ما يقوم بها لان المتضمن متى لم يثبت كيف يثبت المتضمن كمن شهد انه قال لامرأته انت خلية وشهد آخر انه قال انت برية في حال مذاكرة الطلاق لا يقضى بشيء لان المتضمن لم يثبت فبطل طلب الموافقة في المضمون وهذا بخلاف ما اذا طلق الزوج الفا لانه يتصرف بحكم الملك فصع تصرفه فيما يملك ولغا فيما لا يملك الا ترى ان الزوج اذا طلق امرأته على غير وجه السنة يقع لانه بحكم الملك * ولو قال لها طلقى نفسك للسنة فطلقت لاعلى وجه السنة لا يقع لانها ملكة بالتفويض فتملك بقدر ما فوض اليها **قوله** لانها انت بالاصل وهو قولها طلقت نفسي وزيادة وصف وهو قولها واحدة بائنة * فان قيل اذا قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا بقولها طلقت نفسي ثلثا واقعة في قولها طلقت نفسي حتى لو اقتصرت عليه تكون ممثلة * وانما خالفته في قولها ثلثا فكان ينبغي ان يلغى الثلث وتكون ممثلة في ايقاع الواحدة عند ابي حنيفة رحمه الله * قلنا الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بالعدد باللفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا وكذا لو ماتت قبل قوله ثلثا لا يقع الطلاق فاذا كانت مبتدئة في كلمة الايقاع لم يقع عليها شيء بدون اجازته وبه فارق صفة بينونة لان قولها انت نفسي معناه طلقت نفسي تطلق بائنة واصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسي لا بذكر صفة بينونة وهي في ذلك ممثلة امره *

قوله نصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا وهذا لأن الزوج فوض اليها ذات الطلاق
 الوصف وانها انت بذات ما فوض اليها وغالفت في الوصف فنصارت
 كتاب الطلاق باب تفويض (٦٩) الطلاق فصل في المشيئة

نصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها
 الزوج بائنا اورجعا (وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا ان شئت
 فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء) لان معناه ان شئت الثلث
 وهو بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط (ولو قال
 لها طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند
 ابي حنيفة) لان مشيئة الثلث ليست بمشيئة للمواحدة كايقاعها
 (وقالا تقع واحدة) لان مشيئة الثلث مشيئة للواحدة كما ان
 يقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها انت طالق
 ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال الزوج شئت ينوى
 الطلاق بطل الامر) لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسله وهى
 انت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بها لايعنيها فخرج
 الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق
 لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائبا
 طلاقها والنية لانعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك
 يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشيئة تنبى عن الوجود بخلاف
 قوله اردت طلاقك لانه لا ينبى عن الوجود (وكذا اذا قالت
 شئت ان شاء ابي اوشئت ان كان كذا الامر لم يجى بعد)
 مما ذكرنا ان المأتى به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل
 الامر (وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت)
 لان التعليق بشرط كائن تنجيز (ولو قال لها انت
 طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت
 فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس)
 اما كلمة متى ومتى ما فلا نهما للوقت وهى عامة فى الاوقات
 كلما كانه قال فى اى وقت شئت فلا يقتصر على المجلس
 بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق
 فى الوقت الذى شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد
 بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها نعم الازمان دون
 الافعال فتملك التطبيق فى كل زمان ولا تملك تطليقا بعد
 تطليق * واما كلمة اذا واذا ما فهما ومتى سوا عندهما وعند
 ابي حنيفة وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن
 الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل
 (ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق

موافقه فى الاصل مخالفة فى الوصف ولا يجوز ابطال الاصل
 للوصف فيقع الاصل ويستتبع الوصف الذى ذكر
 الزوج يحققه انها لو اقتصرت على قولها طلقت
 فى المستعملتين يصلح جوابا للزوج فى وقوع ما امر به الزوج
 وقولها بائنة اورجعية زائدة فيلغو بخلاف المسئلة المتقدمة
 فانها بايقاع الثلث لم تأت بعين ما فوض اليها على ما ذكرنا
 فلا يصلح ان تكون مجيبة قوله ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان
 نوى الطلاق * فان قيل ينبى ان يقع لانه مسبوق بتكر
 الطلاق فنصار كانه قال شئت طلاقك فيقع * فلنا الكلام
 البهيم انها ينبنى على ما سبق اذا ما اعتبر السابق والسابق
 هنا غير معتبر لاشتغالها بما لايعنيها حتى لو قالت شئت
 طلاقك يقع اذا نوى لانه يقع مبتدأ لان المشيئة ينبنى عن
 الوجود فيعنى قوله شئت ذلك حصلته وتحصيل الطلاق بايقاعه
 الا انه لا بد من النية لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد
 وجوده ملكا فلا يقع الطلاق بالشك بخلاف قوله اردت طلاقك
 لان الارادة لغة عبارة عن الطلب قال عليه السلام الحمى رائد
 الموت اى طالبه وفى البئله السائر الرائد لا يكنب اهله اى
 طالب الكلاء وليس من ضرورة الطلب الوجود * فان قيل
 اليس ان الارادة والمشيئة سيان عند اهل السنة * فلنا جاز
 ان يكون بينهما تفرقة نظرا لينا وتسوية نظرا لى ربنا لان
 ما شاء او طلبه يكون لا محالة بخلاف العباد * وذكر فى
 المحيط واذا قال لها شئت طلاقك ذكر شيخ الاسلام فى شرعه
 انه يقع الطلاق ولم يشترط نية الايقاع * وفى المبسوط
 رجل قال لامرأته شائى الطلاق ينوى به الطلاق
 فقالت قد شئت فهى طالق وان لم يكن له نية فليست
 بطالق لما بينا ان مشيئتها من عمل قلبها كاختيارى
 فهذا بمنزلة قوله اختارى الطلاق فقالت اغتررت
 وهناك ان نوى الزوج الايقاع يقع فكذلك هنا فان قال
 احبى الطلاق او اريدى الطلاق او اهوى الطلاق فقالت
 قد فعلت كان باطلا وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحببة
 والهوى من العباد نوع تمنى فكانه قال لها تمنى الطلاق
 فقالت تمنيت لا يقع قوله لان التعليق بشرط كائن
 تنجيزاى بشرط ثابت موجود كما اذا قال امرأتى طالق ان
 كان زيد فى الدار والحال انه فى الدار يقع الطلاق * فان قيل
 لو كان التعليق بشرط كائن تنجيزا فيما اذا قال الرجل هو
 يهودى ان كنت فعلت كذا امس وهو يعلم انه قد كان
 فعله ولو كان تنجيزا لوجب تكفيره ولم يجب * فلنا قال
 شيخ الاسلام خواهر زاده اختلف المشايخ فى هذه المسئلة
 فيمنع ولئن سلمنا فنقول هذه الالفاظ صارت كناية
 عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل فى المستقبل
 فكذا اذا حصل التعليق بفعل فى الماضى تحاميا عن تكفير
 المسلم قوله لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك
 يعنى لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها

بالقيام عن المجلس ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج والامر كان فى يدها فلا يخرج بالشك فان قيل وجب ان
 يحصل على الشرط فى هذه الصورة تصحيحا للرد انها يحمل على الشرط اذا كان الرد صادرا ممن كان التعليق صادرا منه وهذا لان ارادة الشرط تختص
 بمن كان التعليق مختصا به دون من كان الرد مختصا به فلذلك لم يحمل على الشرط تصحيحا للرد كذا فى الفوائد الظهيرية

قوله والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو * فان قيل اذا الغا ذكر المكان يبق قولها انت طالق ان شئت فينبغي ان يقع ولا يبطل بالقيام عن المجلس يدل عليه ما لو قال لها انت طالق دخلت الدار يقع الساعة قلنا يحملها على الشرط لتأخير بين الطرفين والشرط لان كل واحد منهما يفيد ضربا من التأخير فحملنا عليه مجازا عن حرف شرط فان قيل اذا جعل مجازا عن حرف الشرط فلم يجعل مجازا عن حرف ان حتى يبطل بالقيام عن المجلس ولا يجعل مجازا عن اذا ومتى حتى لا يبطل بالقيام * قلنا جعلها مجازا عن حرف ان اولى لانها اصل في الشرط خالص له ومعنى الشرط هو الجامع فجعل مجازا لما هو اصل في الشرط دون اذا ومتى لانها لا يتحصن للشرط قوله بخلاف الزمان لان له تعلقا به لان الطلاق لو وقع يقع في زمان دون زمان واما اذا وقع في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فلا يكون له تعلق بالمكان لانه لا فائده في تعلقه بالمكان لعدم اختصاصه بالمكان والتعليق بالشئ * لبيان الاختصاص به كما في الافعال فوجب اعتباره خصوصا كما في انت طالق ان شئت وعموما كما في انت طالق متى شئت قوله وان لم تحضر النية تعتبر مشيئتها حتى لو شئت ثلثا او واحدة بائنة ولم ينو الزوج وقع ما اوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصليين * اما على اصل ابي حنيفة فلانه اقامها مقام نفسه في اثبات الوصف والزوج متى اوقع رجعييا يملك ان يجعله بائنا وثلثا عند ابي حنيفة فكذا المرأة تملك ان تجعل ما وقع بائنا وثلثا لان الزوج اقامها مقام نفسه في اثبات الوصف * واما عندهما فكذا يملك ايقاع البائن والثلث فانه تفويض اصل الطلاق اليها على اى وصف شئت * وعلى هذا الخلاف لو قال انت حر كيف شئت يعنى عنده في الحال وعندهما يتوقف على المشيئة * والحاصل ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده وانما يتعلق صفته وعندهما يتعلق اصل الطلاق ووصفه بمشيئتها * لهما ان هذا تفويض الطلاق اليها على اى وصف شئت وانما يكون كذلك اذا تعلق اصل الطلاق بمشيئتها اما اذا لم يتعلق لا يقع كيف شئت بل يقع على خلاف ما شئت لانه يقع رجعييا وما شئت ان يكون رجعييا * وهذا لان كيف للاستيفان عن الشئ * فاذا اضافها الى المشيئة المضافة الى الطلاق فقد علق جميع اوصاف الطلاق بالمشيئة ولن يصير جميع الاوصاف معلقا بالمشيئة الا بعد ان يصير اصل الطلاق معلقا بها لانه متى وقع اصل الطلاق في الحال لا بد وان يستصحب بعض اوصافه لاستعالة وجود اصل الطلاق في الواقع بدون الوصف ولانه لو لم يتعلق اصل الطلاق للغا قوله كيف شئت في غير المدخول بها لانها لا تشتغل باثبات الوصف بعده * وله ان كيف للاستيفان وذا لا يتصور الا بعد وجود اصله الا ترى الى قول القائل (يقول خليلي كيف صبرك بعدنا * فقلت وهل صبر فتسأل عن كيف) فاذا كان الاستيفان يستدعى وجود الموصوف يقع اصل الطلاق قبل المشيئة قضية للاستيفان لكن يثبت ادنى اوصافه ضرورة ان اصله لا ينفك عن وصفه ويتعلق ما وراءه بالمشيئة وهذا لان قوله انت طالق ايقاع فلو ثبت التعليق بمشيئتها انما ثبت ضرورة التخخير واذا دخل في الوصف لا في الذات وهذه اوصاف تنفك عن الذات فلم يكن من ضرورة تعلقها بالمشيئة تعلق الذات بها وما قاله اولى لان اثبات الموصوف وان كان فيه تخصيص بعض الاوصاف عن التعليق ليصح الاستيفان اولى من تعليق اصل الطلاق بالمشيئة وتعميم الاوصاف وفيه ابطال الاستيفان لان الكلام يعتمد التخصيص دون التعطيل قوله وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شئت وذكر في اصل رواية الجامع الصغير ان شئت طلقت نفسها -

نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم (حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شئ) لانه ملك مستحدث (وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا بكلمة واحدة) لانها توجب عموم الافراد لا عموم الاجتماع فلان ملك الايقاع جملة وجمعا (ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما (وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطبيقا يملك الرجعة) معناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضر النية تعتبر مشيئتها فيما فالواجر باعلى * موجب التخخير * قال رضى الله تعالى عنه (وقال في الاصل هذا قول ابي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا) وعلى هذا الخلاف العتاق * لهما انه فوض التطبيق اليها على اى صفة شئت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الاعمال اعنى قبل الدخول وبعده * ولا ي حنيفة ان كلمة كيف للاستيفان يقال كيف اصبحنا والتفويض في وصفه يستدعى وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه (وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شئت) لانها تستعملان للعدد فقد فوض اليها اى عدد شئت (فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا) لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضى الجواب في الحال (وان قال لها طلقى نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة وقالا تطلق ثلثا ان شئت) لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامى ما شئت او طلق من نسائى من شئت ولا ي حنيفة ان كلمة من حقيقة (للتبعيض)

بالمعدة أو ثنتين أو ثلثا ما لم تقم عن مجاسها * فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلاثا * قلنا قد روى الحسن عن ابي حنيفة ان ذلك مباح لها في التنجيز واحتمل ان يكون المراد بقوله ان شئت طلقت نفسها ثلاثا مشبهة الاباحة يريد انها تقدر عليه كما يقال في عبد بين اثنتين دبر احدهما نصيبه ان الآخر بالخيار ان شاء دبر نصيبه وان شاء تركه على حاله وان شاء اعتقه وقد علمنا انه لا يباح له اعتناق نصيبه وانما عني به مشيئة القدرة لانه لو اعتنق نصيبه ضمن للآخر قيمة نصيبه مدبرا * وذكر في الفوائد الظهيرية في البسطة التي تليها ان المرأة اذا طلقت نفسها ثلاثا على قولها او ثنتين على قول ابي حنيفة لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو خرجت خرج الامر من يدها بخلاف ما اذا وقع الزوج قوله فعمل بهما اى بالتبويض والعموم فان الثنتين عام بالنسبة الى الواحدة وبعض بالنسبة الى الثلث قوله بدلالة اظهار السماحة في قوله كل من طعمى ما شئت قوله او لعموم الصفة اى في قوله من نسائي من شئت لانه وصفها بالمشيئة وهي عامة كما في قوله لا اكلم الا رجلا كوفيا لا يحث بالكلم بجميع رجال كوفة **باب الايمان في الطلاق** **قوله** واذا اضف الطلاق الى النكاح اى علق وقال الشافعي

(٧١) **باب الايمان في الطلاق**

كتاب الطلاق

لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح روى عن عبدالله ابن عمر وابن العاص رضى الله عنهما انه خطب امرأة فابي اولياؤها ان يزوجها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح والمعنى فيه انه غير مالك لتنجيز الطلاق فلا يملك تعليقها وهذا لان تأثير الشرط في تأخير الوقوع الى وجوده ومنع ما لولاه لكن طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغوا لا طلاقا اولان الطلاق يستدعى اهلية في الموقع وملكا في المحل ثم قبل الاهلية لا يصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كالصبي اذا قال لامرأته اذا بلغت فانت طالق فذلك قبل ملك المحل لا يصح مضافا وبهذا تبين انه تصرف يختص بالملك فاجابه قبل الملك يكون لغوا كما لو باع الطير في الهواء ثم اخذه قبل قبول المشتري * ولنا ان التعليق بالشرط يمين فلا يتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله وهذا لان اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه حملا او منعاً والملك في المحل شرط الطلاق والمحلوف به ليس بطلاق وانما يكون طلاقا بالوصول الى المرأة وما دام يميننا لم يلاق المرأة وانما يعدى حكمه الى المحل عند ارتفاع اليمين لوجود الشرط فشرط الملك في المحل حينئذ وهو ثابت ولكن المحلوف به ما سيصير طلاقا عند الشرط بوصوله اليها وهذا كالمومي فان عينه ليس يقتل والترس ليس مانعا ما هو قبل ولا مؤخر له بل هو مانع ما سيصير فتلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعا من الوصول الى المحل ولا يكون التصرف معتبرا الا بركنه ومحل لا يكون طلاقا قبل الوصول الى محله فاذا وجد الشرط صار طلاقا لوصوله الى محله وهو به فارق ما لو قال لاجنبيبة ان دخلت الدار فانت طالق فان المحلوف به هناك غير موجود ولا يتيقن لوجوده عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق ولا هو مالك لطلاقها في الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط اما ههنا فيتيقن بوجود المحلوف به لان التزوج سبب لملك الطلاق ولو كان المحلوف به موجودا بطريق الظاهر بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق انعقدت اليمين وان كان من الجاهل ان يكون دخولها بعد زوال الملك فاذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط اولى ان ينعقد اليمين وبان كان لا يملك التنجيز لا يدل على انه لا يملك التعليق كمن قال لجاريته ان ولدت ولدا فهو حر * وان كان لا يملك تنجيز العتق في الولد المعدوم وكمن قال لامرأته الحائض اذا طهرت فانت طالق كان هذا طلاق السنة وان كان لا يملك تنجيزه في الحال * وهذا بخلاف الاهلية في المتصرف لانه لا بد منه

للتبويض وما للتعميم فعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبويض بدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

باب الايمان في الطلاق

(واذا اضف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة تزوجها فهي طالق) وقال الشافعي لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح * ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهرى وغيرهما (واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق) وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاءه الى وقت وجود الشرط فيصح يميننا او ايقاعا (ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك) لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون محيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه (فان قال لاجنبيبة ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) لان الحالف ليس بمالك ولا اضافه الى الملك اوسببه ولا بد من واحد منهما (والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما وهتى وهتى ما)

في تصرف اليمين كما لا بد منه في تصرف الطلاق تاما * **١٠** الملك في المحل فمعتبر للطلاق دون اليمين وهذا بخلاف البيع فان الايجاب احد شرطى البيع وتصرف البيع قبل الملك لغوا تاما الايجاب ههنا تصرف آخر سوى الطلاق وهو اليمين وتاويل الحديث ما روى عن مكحول والزهرى وسالم والشعبي انهم قالوا كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيذا ويعدون ذلك طلاقا فنفي رسول الله عليه السلام ذلك هو الاطلاق قبل النكاح وحديث عبدالله بن عمر غير مشهور ولو ثبت فمعنى قوله ان نكحتها اى وطئتها لان النكاح حقيقة للوطى وبهذا لا تحصل اضافة الطلاق الى الملك عند نكاحها في المبسوط **قوله** نصح يميننا اى عندنا او ايقاعا عند الشافعي * وحاصل الخلاف ان المعلق بالشرط لا ينعقد سببا والتعليق تصرف في السبب باعدامه الى زمان وجود الشرط عندنا وعند يميننا سببا واثر التعليق في تأخير الحكم فكان ايقاعا ولكن لم يثبت حكمه في الحال **قوله** لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا اى غالب الوجود ليكون محيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة وانما سمي الحلف يميننا لان الحالف يتقوى على حمل نفسه على الفعل او منعها عنه خذرا من ان يلحقه لزوم الكفارة عند الحنث ولهذا سمي باليمين ايضا ذكر شرط وجزاء لوجود معنى الحمل او المنع فيه خذرا من ان يلزمه الجزاء وهو الطلاق او العتق * فان قيل اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فبهذا يمين وليس فيه معنى الحمل او المنع * قلنا العبرة للغالب الشائع ولا يعتبر للانفراد **قوله** والظهور باحد هذين اى كونه غالب الوجود في الملك او في الاضافة الى الملك

لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما
تليها افعال فتكون علامات على الحث ثم كلمة ان حرف
للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها
وكلمة كل شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق
به الجزاء والاجزبة تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط
لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشترى
فهو حر * قال رضى الله تعالى عنه (ففى هذه الالفاظ اذا وجد
الشرط انحلت وانتهت اليمين) لانها غير مقتضية للعموم
والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين
بدونه (الا فى كلمة كلما فانها تقتضى تعميم الافعال)
قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم
التكرار قال (فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر
الشرط لم يقع شئ) لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات
فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه
خلاف زفر وسنقره من بعد ان شاء الله تعالى
(ولو دخلت على نفس الزوج بان قال كلما تزوجت امرأة
فهى طالق يحث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر)
لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج
وذلك غير محصور (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها)
لانه لم يوجد الشرط فبقى الجزاء باق لبقاء محل فبقى اليمين
(ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق)
لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى
اليمين لما قلنا (وان وجد فى غير الملك انحلت اليمين)
لوجود الشرط (ولم يقع شئ) لانعدام المحل (وان اختلفا
فى الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة)
لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع
الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه (فان كان الشرط لا يعلم
الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها مثل ان يقول
ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هى ولم
تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان * والقياس ان لا يقع
لانه شرط فلا تصدق كما فى الدخول وجه الاستحسان انها امينة
فى حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما
قبل فى حق العدة والغشيان لكنها شاهدة فى حق ضرثها بل هى
متهمة فلا يقبل قولها فى حقها

قوله لان الشرط مشتق من العلامة فى الصعاح
الشرط بالتحريك هو العلامة واشراط الساعة علاماتها
فعلى هذا معنى قوله مشتق من العلامة مشتق
من الشرط الذى هو بمعنى العلامة قوله الا فى
كلمة كلما قال العلامة شمس الدين الكردى
لا فرق بين كلمة كل وكلمة كما بين حيث وحيثا ولكن
نشأ الفرق بينهما من وجه آخر وهو ان كلمة كل دخلت
على المرأة فيوجب عموم ما دخلت عليه فتعم اعيان النساء
فاذا تزوج امرأة انحلت اليمين فى حقها لما انها اصابت من
كلمة كل حصتها فكانها هى المحلوف عليها فقط فاذا تزوجها
ثانيا فقد تزوجها بعد انحلال اليمين فلا يقع كما لو قال
ان تزوجت امرأة فهى طالق فلا تطلق ثانيا بالتزوج
الثانى واما كلما فانها دخلت على الزوج فيقتضى عموم
التزوج ويلزم من عموم النساء عموم النساء لان الفعل
يفتقر الى العين ولا يلزمه من عموم النساء عموم التزوج
فى كلمة كل لان العين لا تقتصر الى العرض قسوله لما
قلنا اشارة الى قوله وبقاء اليمين به وبالشرط قسوله كما
فى الدخول اى فى دخول الدار والقياس ان لا يقع الطلاق
عليها بقولها لانها تدعى شرط الحث على الزوج ووقوع
الطلاق وهو منكر فيكون القول له ولا يصدق بلا حجة
كما لو علق طلاقها بدخول الدار * وجه الاستحسان ان
هذا الامر لا يعرف الا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعى
فيجب عليها ان تحبب كيلا يقع فى الحرام اذ صيانة نفسها
وزوجها عن الحرام واجبة ولما كانت الصيانة واجبة كان
طريق الصيانة وهو اخبارها واجبا وهى المتعينة لاقامة
هذا الواجب فيجب قبول قولها وهذا لانها مأمورة باظهار
ما فى ربهما لان الكتمان حرام ليخرج عن عهدة الواجب
ولانها صارت امينة من امانة الشرع فيجب قبول قولها
لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله فى
ارحامهن وقد تعلق بالاظهار احكام شرعية فصارت مأمورة
بالاظهار ضرورة فاذا صارت مأمورة بالاظهار يجب قبول
قولها ليفيد الاظهار ومتى وجب قبول قولها وجب ترتب
الاحكام عليها اذ هو المعنى بالقبول ولهذا قبل قولها فى حق
العدة اذا اخبرت بانقضائها بالحيض فى مدة تنقضى فى مثلها
حتى يبطل حقه فى الرجعة وفى حق حرمة وطئها اذا اخبرت
برؤية الدم وحل الوطئ اذا اخبرت بانقطاع الدم وكان
ينبغى ان يقع الطلاق عليهما لانا حكمتنا بوجود الشرط بقولها
وطلاق صاحبها جزاء وهذا شرط لطلاقها ولكننا ندع القياس
ونوقع الطلاق عليها دون صاحبها بقولها حتى يعلم انها
حاضت حقيقة لانا انما قبلنا قولها بطريق الضرورة ليخرج
عن عهدة الواجب او ليقع التفضى عن الحرام ولا ضرورة
فى حق صاحبها والحكم بوقوع الطلاق فى حقها لا يكون
حكما بوجود الشرط فى حق صاحبها لانها شاهدة فى حقها
بل متهمة فيجعل كان الطلاق وقع عليها لا بقضية الشرط
فى حق صاحبها وغير متمنع ان يقبل قول شخص فى حق
نفسه ولا يقبل فى حق غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين على
الميت لرجل وكذبته بقية الورثة وكما اذا ثبت الملك
للمستحق باقرار المشتري لم يرجع على البائع بالثمن

قوله وكذلك لو قال ان كنت تحبيني الى قوله ولا تطلق صاحبها غير ان هذه المسئلة تفارق المسئلة الاولى بوجهين * احدهما ان هذا يقتصر على المجلس ان اخبرت بذلك في المجلس يقع ولا يقع في غير ذلك المجلس لانه اثبت التغيير حيث جعل الامر الى اختيارها بمحبته وفي مسئلة الحيض لا يقتصر لانه ليس فيه معنى التملك بل هي نظيرة سائر التعليقات فلا يقتصر على المجلس * والثاني كتاب الطلاق (٧٣) باب الايمان في الطلاق

(وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدى حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبته) لما قلنا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضا اياه قد حب التخليص منه بالعذاب وفي حقا ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي الحجة (واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام) لان ما ينقطع دونه لا يكون ميضا (فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت) لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء (ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها) لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكملها بانتهاؤها وذلك بالطهر (واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصومه) 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 يدري ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل) لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقض عدتها بوضع الجارية ثم لانقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شئ آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا (وان قال لها ان كلمت ابا عمر و ابا يوسف فانت طالق ثلثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمر ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى) وقال زفر لا يقع * وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجد في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في

تعالى في مسئلة الحيض واما في مسئلة المعبة فيقع لان حقيقة المعبة والبغض مما لا يوفق عليهما من قبل احد لا من قبلها ولا من قبل غيرها لان القلب منقلب لا يستقر على شئ فما لم يوفق عليه يتعلق الحكم بدليله كالفرد مع المشقة والنوم مع الحدث فصار كل الشرط هو الاخبار عن المعبة وقد وجد فتبعه حكمه فاما الحيض فان له حقيقة واما معلومة فيتعلق الحكم به فاذا اخبرت كاذبة لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في المبسوط لفخر الاسلام رحمه الله قوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال وهو ان يقال لما كان قبول قولها في حقا باعتبار الصدق فاذا اخبرت بمعبة العذاب ومن نتيقن بكذبها في ذلك وحسب ان لا يقبل قولها اصلا * فيقال لم نتيقن بكذبها في ذلك فان الجاهل قد يختار العذاب على ما يبغضه فلعلها لشدة بغضا زوجها وجهها بمقدار الم العذاب تختار ذلك فلم تكن كاذبة قطعاً قوله فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت * وفائدة هذا تظهر فيما اذا كانت المرأة غير مدخولة بها فانها لما رأت وتزوجت بزواج آخر واستمر بها الدم ثلاثة ايام كان النكاح صحيحا لانقطاعها عن الزوج باول مرات لا الى عدة وتظهر ايضا فيما اذا قال ان حضت فعبدى حر والمسئلة بحالها كان العبد حراما من حين رأت الدم حتى كان الاكساب للعبد وتظهر ايضا في حق الجنابة منه وعليه قوله ولهذا حمل عليه اي على الحيضة الكاملة في حديث الاستبراء وهو قوله عليه السلام الا لا توطأ الحبالى حتى يضع حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن بالحيض وكمال الحيض بانتهاؤه وذلك بانقطاع الدم اذا كانت ايامها عشرة او بالانقطاع والغسل او ما يقوم مقام الغسل اذا كانت ايامها دون العشرة * واما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض او الطهر الذي هو شرط وقوع الطلاق وهي في تلك الحالة اما اذا لم تكن موصوفة بها فلا يصدق بيانه اذا قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق فمكثت عشرة ايام ثم قالت المرأة حضت حيضة فطهرت واغتسلت وكذبها الزوج فالتقول في ذلك قولها واما اذا قالت بعد تطاول الزمان حضت وطهرت وانا الآن حائض بحيضة اخرى لا يقبل قولها ولا تقع الطلاق عليها لانها اخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال ذواتها وانعدامها واذا قال لها ان حضت فانت طالق فمكثت خمسة ايام ثم قالت قد حضت منذ خمسة ايام وانا الآن حائض وقع عليها الطلاق ولو قالت حضت وطهرت لا يصدق اذا كذبها الزوج والمعنى فيه هو ان الله تعالى جعل المرأة امينة فيما تخبر فيه من الحيض او الطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها فما دامت الاحكام قائمة كان الايمان قائما من جهة الشرع فتصدق واذا كانت الاحكام منقضية كان الايمان قائما فلا تصدق وهذا بخلاف المودع اذا قال رددت الوديعه او هلكت فانه يصدق ولا يشترط لتصديقه فيما اخبر به قيام الامانة لان المودع صار امينا من جهة صاحب المال صريحا وابتداء لا لضرورة اقامة الاحكام فان صاحب المال ايتيمسه مطلقا اما المرأة انما صارت امينة فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها على ما ذكرنا

قوله وقد وجد الصوم بركنه وهو الامساك عن المفطرات نهارا وشرطه وهو النية والاهلية قوله فولدت غلاما وجارية ان علما ان الغلام اول طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية فلا يقع شئ وان علما ان الجارية اول طلقت ثنتين وان اختلفا فالتقول قول الزوج لانكار الزيادة وان قال لا يدري طلقت واحدة قضاء وفي التنزه ثنتان وان ولدت غلاما وجارية ثنتين في بطن واحد فان علم انها ولدت الجارية ثنتين اولاً فهي طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادتها الغلام وان ولدت الغلام اولاً طلقت واحدة بولادتها الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الاولى

غير الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية * له اعتبار الاول بالتالي
 هما في حكم الطلاق كشع واحد * ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم
 الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود
 لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء
 لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين
 فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاءه بمحله وهو الذمة (وان قال
 لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت
 زوجها آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار
 طلقت ثلثا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي
 طالق ما بقى من الطلاق) وهو قول زفر * واصل ان
 الزوج الثاني يهدم مادون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث
 وعند محمد وزفر رحمه الله لا يهدم مادون الثلث فتعود اليه
 بما بقي وسنتين من بعد ان شاء الله تعالى (وان قال لها
 ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال انت طالق ثلثا
 فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت
 الدار لم يقع شيء) وقال زفر رحمه الله يقع الثلث لان
 الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى
 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 محل (ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا
 فجامعها فلما التقى المختانان ولبث ساعة لم يجب عليه المهر
 وان اخرجها ثم ادخله وجب عليه المهر) وكذا اذا قال لامته
 اذا جامعتك فانت حرة (وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب
 المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه
 الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد) وجه الظاهر ان الجماع
 ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج
 ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب
 بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب
 الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن احدهما ولو كان
 الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللباث عند ابي يوسف رحمه
 الله خلافا لمحمد لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار
 مراجعا بالاجماع لوجود الجماع *

وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى وان ولدت احدى الجارتين
 اولاً ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية
 والثالثة بولادة الغلام قد انقضت عدتها بولادة الاخرى كذا في
 البسيط ولو قال ان كان حملك هذا جارية فانت طالق واحدة وان
 كان غلاما فثنتين فولدتها لم يقع لان الحمل اسم لجميع ما في
 البطن وما في البطن ليس بغلام ولا جارية فلم يوجد شرط
 المحث الا ترى انه لو نظر الى حوالق فقال ان كان ما فيه حنطة فامرأتى
 طالق وان كان ما فيه دقيقا فعبدى حر فاذا فيه دقيق وحنطة لم تطلق
 ولم يعتق ولو قال ان كان ما في بطنك لزم ما له لوجود الشرطين والبراد
 بالتزويج والتباعد عن مظان الحرمة قوله اذ هما في حكم
 الطلاق كشع واحد من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما
 فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما
 وقع في غير الملك فكذلك هنا قوله الا ان الملك
 يشترط حالة التعليق جواب سؤال وهو ان يقال لما كان محل
 اليمين الذمة ينبغي ان لا يشترط الملك وقت التعليق
 فاجاب بذلك قوله وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين
 فيستغنى عن قيام الملك كما اذا علق طلاقها بالشرط
 فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ووجد الشرط فانها تطلق
 بالاجماع وهي مسألة الهدم فيما دون الثلث وثمره الخلاف
 تظهر فيما اذا علق الواحدة بدخول الدار ثم تجز طلقتين
 وتزوجت بزواج آخر فعادت الى الاول ودخلت الدار تثبت
 الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لتحقق
 الهدم قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي بنكاحها ثانيا
 بعد تزوجها بزواج آخر قوله ولنا ان الجزاء طلقات
 هذا الملك الطريق المعتمد فيه ان يقول بوقوع الثلث
 عليها خرجت من ان يكون محلا للطلاق لان الطلاق
 مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل بالتطبيقات الثلث وفوت
 محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت
 هذه الدار ثم جعل الدار بستانا او حماما لا يبقى اليمين
 وكما اذا قال ان كلمت فلانا فامرأته طالق فمات فلان *
 فان قيل اليس انه لو قال لعبد ان دخلت الدار فانت
 حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق مع انه بالبيع لم
 يبق العبد محلا ليمينه وكذلك بقيت محلا للظهار بعد
 الطلقات الثلث كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت على
 كظهر امي فبانت بالثلث ثم عادت اليه بعد زوج آخر
 فدخلت الدار يثبت الظهار ولو طلقها ثنتين في مسئلتنا
 ثم عادت اليه بعد اصابة زوج آخر فدخلت الدار تطلق
 ثلثا ولو تقيم الجزاء بذلك الملك لما عتق في المسئلة الاولى
 ولما وقع الظهار ولما طلقت ثلثا هنا بل وقعت واحدة * قلنا
 العبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة
 حتى لو فانت بالعتق لم يبق اليمين واما الثاني فان محلية
 الظهار لا تنعدم بالطلقات الثلث لان الحرمة بالظهار غير
 الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرة الى وجود الكفارة وهذه
 حرة الى وجود ما يرفعها وهو الزوج الثاني واما اذا طلقها
 ثنتين فالمحل باق اذ المحلية باعتبار صفة الحال وهي قائمة
 بعد الثنتين فيبقى اليمين وقد استفاد من جنس ما انعقد
 عليه اليمين فسرى اليه حكم اليمين تبعا وان لم ينعقد
 اليمين عليه قصدا قوله في الفصل الاول اي فيما اذا
 لبث بعد الايلاج ولم يخرج منه لوجود الاستمتاع في غير
 الملك قوله لوجود الجماع بالدوام عليه لان الجماع
 عبارة عن الاجتماع هو ثابت بالدوام عليه *

فصل في الاستثناء

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه ولانه انى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول) فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول * قال رضى الله عنه (وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى) لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء (وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلثا الاثنتين طلقت واحدة) والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل على درهم وبين قوله عشرة الاتسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شىء ليصير متكلمها به وصارفا للفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل * واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثانى واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء *

فصل في الاستثناء قوله واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى لم يقع اختلافوا في هذا الكلام شرط الابطال * قال ابو يوسف رحمه الله اعتبر اللفظ ومحمد اعتبر المعنى * وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جمع بين يمينين فقالت انت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت زيدا ان شاء الله تعالى * قال ابو يوسف رحمه الله يعود الى الجملة الثانية لان الجملة الاولى كاملة في حق التعليق * وقال محمد بن عيسى حر ان كلمت فلانا وعبدى حر ان جاء فلان حيث ينصرف الى الاخيرة بالاتفاق ولو قال انت طالق وعبدى حر ان شاء دخلت الدار فانت طالق وان كلمت فلانا وعبدى حر ان جاء فلان حيث ينصرف اليهما واذا اعتبر رفعها وابطالا كما قال محمد فذلك * وتظهر الله انصرف اليهما بلا خلاف لانه ان اعتبر شرطا كما قال ابو يوسف رحمه الله انصرف اليهما ولو قال انت طالق وعبدى حر ان شاء ثمة الخلاف ايضا فيما اذا قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدى حر ثم قال لها انت طالق انشاء الله يحنث عند ابى يوسف رحمه الله لانه يمين * وقال محمد لا يكون يمين ولا يحنث * وذكر في شرح الطحاوى ان قوله ان شاء الله تعالى كما يبطل الكلام الذى قبله كذلك لو قال ان لم يشأ الله لو قال ماشاء الله تعالى وكذا اذا علق بشيئة من لا يظهر مشيئته لنا كما اذا قال انت ان شاء الله تعالى او الجن او هذا الخاطئ قوله فيكون الاستثناء اى على قول محمد رحمه الله قوله او ذكر الشرط اى على قول ابى يوسف رحمه الله على اختلاف الترخييين والمحكم واحد في قوله انت طالق ان شاء الله تعالى قوله والموت ينافى الموجب دون المبطل لان الموجب يقتضى المحل وبالموت يبطل المحل فينافية والمبطل يلايم الموت في ابطال الموجب فلا ينافى الموت المبطل قوله بخلاف ما اذا مات الزوج اى بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق وانما يعلم ذلك فيما اذا قال قبل الايقاع انى اطلق امرأتى واستثنى * وذكر في المحيط فعلى قياس مسألة النولز قالوا ان من حلف واراد ان يقول فى آخره ان شاء الله فسد انسان فيه انه يكون استثناء * تأويله اذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد عن فمه متصلا به * وقد وجدنا فى نوادر هشام انه قال سألت محمدا عن قول لامرأته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثنى فامسكت بفمه وحالت بينه وبين الاستثناء قال يلزمه الطلاق فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى قوله والاصح ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اى تكلم بها بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء قوله هو الصحيح هذا احتراز عن قول بعضهم ان الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات وهذا يتفرع الى ان فى الاستثناء معنى المعارضة وذلك فاسد لما عرف فى اصول الفقه قوله ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اى بما بقى من المستثنى منه قوله استثناء البعض من الجملة اى لما صح ذلك لم يفرق بين ان يكون المستثنى اقل او اكثر خلافا للفرق فانه يقول لا يصح استثناء الاكثر لانه لم تتكلم به العرب فلم يصح عنده قول انت طالق ثلثا الاثنتين لانه استثناء الاكثر * وروى عن ابى يوسف رحمه الله ايضا انه لا يصح هذا لان الاستثناء الاستثناء بيان فان من قال جاء القوم الاثنتان كان بيانا للجائمين بطريق الاختصار اذ لو اشتغل ببيان من جاء لطل الكلام وهذا انما يتحقق فى استثناء القليل من الكل لافى استثناء الكثير منه * وفى ظاهر الرواية لا فرق لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا فرق فى هذا بين القليل والكثير بل شرط صحته ان يبقى وراء المستثنى شىء ليصير متكلمها به واذا قال انت طالق ثلثا الا نصف تطبيقه * قيل على قول ابى يوسف رحمه الله تطلق ثنتين لان التطبيقه كما لا تتجزى فى الايقاع لا تتجزى فى الاستثناء فصار كانه قال الا واحدة * وعند محمد تطلق ثلثا لانه لما استثنى نصف تطبيقه صار كلامه عبارة عن تطبيقين ونصف فتطلق ثلثا قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى شىء ليصير متكلمها به فبقي كلامه الاول كما كان فيقع الثلث ووطن بعض اصحابنا رحمهم الله ان استثناء الكل رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وهذا وهم منهم لانه بطل استثناء الكل فى الوصية ايضا مع ان الوصية تحتل الرجوع فدل ان الطريق ما قلنا ولو قال انت طالق ثلثا الا واحدة وواحدة واحدة عند ابى حنيفة رحمه الله تطلق ثلثا لانه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنى للكل فكأنه قال الا ثلثا * وهو الظاهر من قول ابى يوسف رحمه الله * وروى عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر لانه لما قال الا واحدة وواحدة كان مستثنى للثنتين فكان صحيحا وانما يبطل استثناء الثالثة فقط كذلك فى المتوسط * وذكر فى زيادات المصنف رحمه الله ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ اى بعين لفظ المستثنى منه واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ يصح وان كان هو استثناء الكل من الكل وكذلك لو قال ثلث مالى لزيد الا الفا وثلث ماله الذى صح الاستثناء * وذكر فى المحيط والخبرة وذكر القدرى فى شرحه اذا وقع اكثر من ثلث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام لا من جملة الثلث التى تحكم بوقوعها * وروى عن محمد فى النوادر نسائى طولق الافلانة وقلانة وقلانة وليس له من النسوة سواهن صح الاستثناء * وفى الباقى اذا قال كل امرأة لى طالق الا هذه وليس له غيرها لم تطلق *

باب طلاق المريض

قوله إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً قيد بالبائن لأن في الطلاق الرجعي إذا مات الزوج وهي في العدة ترث أيضاً لكن لا باعتبار الفرار بل باعتبار أن حكم النكاح باق بين كل وجه وبمرض الموت لأنه إذا طلقها بائناً في مرضه أو في مرضه ثم صبح ثم مات لا ترث وبغير المرض لأنه إذا كانت برضاها لا ترث وبالموت في العدة لأنه إذا مات بعد انقضاء العدة لا ترث * وقال ابن أبي ليلى ترث منه وإن مات بعد انقضاء العدة وقال مالك رحمه الله ترث وإن مات بعد ما تزوجت بزواج آخر * وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في العدة وبعدها وهو القياس * لنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم بتوريث امرأة الفار وقد صح أن عثمان ورث تمار امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه * فإن قيل لا إجماع فقد قال ابن الزبير في حديث تمار لو كان الأمر لي لما ورثتها * قلنا معنى قول ابن الزبير ما ورثتها لجهلي بوجه الاستحسان فتبين أنه كان يخفى عليه ما لم يخفى على عثمان رضي الله عنه * وفي بعض الروايات أنها سألته الطلاق فعنى قوله ما ورثتها لأنها سألت الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضي الله عنه أيها بعد سؤال الطلاق دليل على أنه كان يورثها قبله * وقد قيل هي سألته الطلاق ولكن قال لها إذا طهرت فاذنني فكما طهرت اذنته وبهذا لا يسقط ميراثها قوله وقد أمكن أي تأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة قوله لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار أي في حق النفقة والسكنى والمنع عن الخروج والتزوج فيبقى في حق الأثر بخلاف ما بعد انقضاء العدة لأنه لا إمكان لأن الأثر يعتمد النكاح من كل وجه أو من وجه وبعد الانقضاء لم يوجد أحدهما قوله والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها جواب عن قول الخصم ولهذا لا يرثها إذا ماتت أي في حال مرض موت الزوج والزوجية ليست بسبب لارثه عنها لأنها صحيحة قوله خصوصاً إذا رضى به * أي فيما إذا لم يرث الزوج ببطلان حقه وماتت وصى في العدة بأن مكنت ابن زوجها لا ترث ففيها إذا رضى به وهو ما نحن فيه أولى أن لا ترث قوله والحكم يدار على دليل التهمة لأن التهمة أمر مبطل لا يوفق عليها فأدبر الحكم على دليلها وهو قيام العدة فوجب تحقيق حكم التهمة عندها قوله ولهذا يدار أي ولأن الحكم وهو عدم صحة الأقرار والوصية تدار على التهمة يدار هذا الحكم على النكاح والقربة أي لا يجوز وصيته ولا أقراره لبتكوتهم ولا لقرابه قوله ولا تهمة في قدر الميراث قال بكر رحمه الله ما تأخذه بطريق الميراث لا بطريق الدين إذ لو كان بطريق الدين لكان التوى على الورثة مادام شيء من التركة قائماً وكذا لو طلبت أن تأخذ ديناً وتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان ما تأخذ بطريق الدين لكان لها ذلك ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ولا يعطيها الورثة ليس لها ذلك وتعامل فيه بناء على زعمها لأن في زعمها أن ما تأخذه تأخذه بطريق الدين * فالحاصل أن الشرع رجح جانب الورثة أن اختاروا أن يعطوها من عين التركة لهم ذلك وإن اختاروا أن يعطوها من غير التركة لهم ذلك كذا ذكره الإمام الترمذاني رحمه الله قوله ولا مواضع عادة في حق الزكوة والتزوج جواب سؤال وهو أن يقال عنه التهمة غير معتبرة في الشرع لأن ترثي أنه تقبل شهادته لها ويجل وضع الزكوة فيها ولها أن تتزوج في الحال ولو اعتبرت التهمة شرعاً لاعتبرت في حق الزوج إذ الحل والحرمه يؤخذ فيها بالاحتياط * قلنا هذه الواضع تكون في حق الأثر لا في حق هذه الأحكام عادة فاعتبرت هنا ولم تعتبر شه *

وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فماتت وهي في العدة ورثته وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها إذا ماتت * ولنا أن الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصاً إذا رضى به (وإن طلقها ثلثاً بامرأها أو قال لها اختاري فاخترت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه) لأنها رضيت بإبطال حقهما والتأخير لحقها (وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثاً ورثته) لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسوءها راضية ببطلان حقه (وإن قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها أقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز أقراره ووصيته وإن طلقها ثلثاً في مرضه بامرأها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعاً) الأعلى قول زفر فإن لها جميع ما أوصى وما أقر به لأن الميراث لها بطل بسوءها زال المانع من صحة الأقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الأولى أنها لها تصادقاً على الطلاق وانقضاء العدة صارت إجنبية عنه حتى جازله أن يتزوج اختها فانعدمت التهمة الأثرية أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها وتزوج اختها بخلاف المسئلة الثانية لأن العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقربة ولا عدة في المسئلة الأولى * ولا يحنيفة في المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الأقرار والوصية عليها فيزيد حقهما والزوجان قد يتواضعا على الأقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليربها الزوج بهما زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصحناه ولا مواضع عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الأحكام قال رضي الله عنه

(ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل) واصل ما بينا امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق معها بما له وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بجوائجه كما يعتاده الاصحاء 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 لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار * ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف * وقوله اذا مات في هذا الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق وكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول منه في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار) وهذا على وجوه اما ان يتعلق الطلاق بجمع الوقت او بفعل الاجنبى او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بجمع الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبى بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بما له وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث * وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالتجز فكان ابقاعا في المرض * ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه *

(الهداية مع الكفاية) ١١

قوله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بجوائجه كما يعتاده الاصحاء * وقوله ان لا يقوم الا بشدة * وقيل ان لا يقوم الا بيقين انسان * وقيل ان لا يقدر ان يصلى قائما * وقيل ان لا يقدر على المشى الا ان يتهدى بين اثنين * وقيل ان لا يقدر على صب ماء من كوز الى كوز ومن يقوم بجوائجه في البيت كالمشى الى الخلا والتوضى بنفسه كالصحيح عند البلخييين * وقال البخاريون اذا عجز عن القيام بجوائجه خارج البيت فمريض * وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان يخرج الى الصلوة فصحيح والمرأة لا تخرج فان عجزت عن حوائجها في البيت كصعود السطح ونحوه فمريضة والا فلا * والمقعد والمفلوج والمسلول كالصحيح لانه قد يعيش منه كثيرا * قال ابن سلية الا ان لا يرجى برؤه بالتداوى * وقال الهندواوى الا ان يكون مرضه يزداد ابدا فان كان يزداد وينقص ان مات بعد ذلك بسنة فكالصحيح وان مات قبل سنة فمريض * وذكر الناطقى تصرفات المسلول كسائر المرضى الا ان يتناول * وفسر اصحابنا التطاول بالسنة فاذا بقي على هذه العلة سنة فنصرفه بعد سنة كتصرفه حال صحته وذكر الحلواى عن محمد اذا دام المريض على حاله سنة فعلمه حكم الصحيح * واختلف في تفسير الطلاق قبل الوجود الذى لا يسكن حتى تموت او تلد * وقيل ان سكن لان الوجود يسكن تارة ويهيج اخرى والاول اوجه * وحد المرض الذى يبيع التوكيل ان لا يقدر على المشى بقدمه ولو كان لا يقدر ولكن يحمل على الدابة او على ظهر انسان فان كان يزداد مرضه بذلك يباح التوكيل وان لم يزداد اختلفوا بقوله ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وهو ان كل ما يكون الهلاك فيه غالبا فهو في حكم مرض الموت وكل ما يكون السلامة فيه غالبا لكن قد يخاف الهلاك منه فهو في حكم الصحة * منها وراكب السفينة او النازل في المسبعة طلق امرأته لا يكون فارا واما اذا انكسرت السفينة او تطلعت الامواج واشتدت الريح او وقع في فم سبع فطلق يكون فارا * فاذا طلقها في مرضه ثلثا ثم قتل او مات بغير ذلك المرض غير انه لم يصح فلها الارث * وقال عيسى بن ابراهيم الله تعالى لا ارث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر دل انه ليس بمرض الموت فلم يتعلق حقها بما له يومئذ فصار كما لو طلقها في صحته * قلنا الموت اتصل بمرضه حيث لم تصح حتى مات وقد يكون للموت سببا ولم يتبين به ان مرضه لم يكن مرض الموت امة تحت حر عتقت ووهب لها مال فاختارت نفسها وهى مريضة ثم ماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لا تكون طلاقا وكذلك صغيرة زوجها اخوها فبطلت ووطئها زوجها فاختارت نفسها في مرضها فماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لم تكن طلاقا وكذا لو ارثت في مرضها او قبلت ابن زوجها ورثها لان الفرقة منها ولو مضت مدة العنين فاختارت الفرقة في مرضها لم يرث زوجها لان الفرقة منه لانه امتنع عن الامساك بالمعروف فناب القاضى منابه في التسريع بالاحسان ولهذا كان طلاقا وكذا لو وجب بعد ما ابانها بعد الدخول فتزوجها فعلمت في مرضها واختارت نفسها وماتت لم يرث زوجها لانه فرقة بالطلاق قوله واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر الى قوله فانت طالق اي طالق بائن لان حكم الفرار انما يثبت اذا كان الطلاق بائنا قوله الا في قوله اذا دخلت الدار اي الا في فصل واحد وهو ما اذا كان التعليق بفعلها الذى لها منه بد قوله ولا ظلم الا عن قصد وهذا لانه صفة للفعل والمعلق بالشرط صار مرسلا

عند الشرط لا يفعله وقصده ولان التعليق في الصحة انقلب تطليقا في المرض والتعليق لم يكن ظلما فلا ينقلب ظلما لان المعتبر حالة التعليق الا ترى ان من علق وهو مقيم ثم وجد الشرط بعد ما جن تطلق وان لم يكن المجنون من اهل التطليق علم ان المعتبر حالة التعليق

قوله واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل معا له بد منه ولا بد له منه فان قيل ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مبالغا منه يصير مضطرا في مباشرته فلا يصير الفعل ظلما فلا يرث * قلنا الاضطرار في جانب الفاعل لا يبطل حق غيره لان حق غيره محترم معصوم وذلك لا يتفاوت بين كون المتعلق مختارا وبين كونه مضطرا الا ترى ان من اتلف مال الغير ناقبا او مخطئا او اصابته مخصمة فاكل مال الغير لاستبقاء مهجته فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان بقاء عصمته للغير يكفي لايجاب الضمان ونقول لا تسقط عن فعله صفة العدوان بالنظر الى عصبة المحل ولهذا يضمن فكندا هنا **قوله** واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها الى قوله والفعل مما لها بد منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك لانها بمباشرة الشرط صارت راضية اذ الوجود مضاف الى الشرط فكان الرضا بالشرط رضاء بالمشروط * فان قيل اذا قال احد شريكى العبد لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب ولاية تضييم الخالق ولو كان الرضا بالشرط رضاء بالمشروط لما كان له ذلك * قلنا الارث يثبت بماله شبه العدوان فيبطل بماله شبه الرضا ولا كذلك الضمان او نقول مسئلة الاعتاق من قبيل ما لا بد لها منه لان موضوعها في كتاب العتاق فيما اذا كان قال احد الشريكين ان لم اضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته سوطا فهو حر فضربه فان الضارب يضمن للخالق وهو مضطرا الى اكتساب هذا وفعل الشرط بطريق الاضطرار لا يدل على رضاء بالمشروط ولا كذلك في مسئلتنا فكانت راضية بالمشروط **قوله** في الدنيا راجع الى اكل الطعام **قوله** او في العقبى راجع الى صلوة الظهر **قوله** كانها آله له كما في الاكراه لان حد المكروه ان يكون مضطرا بين شريين والمرأة كذلك لانها لو باشرت الشرط تنضرب بوقوع الطلاق وان امتنعت تعاقب في دار الاخرة وهذا الاضطرار جاء من الزوج فكانت مكروهه فيضاف فعلها اليه كمن اكره انسانا على اتلاف ماله وهذا لان الاكراه كما يقع بخوف تلقى عاجل فكذلك يقع بالتفسيق الا ترى ان فعل القاضى في باب الفضا بالشهادة منقول الى الشاهد حتى يكون الضمان عليهم اذا رجعوا لان القاضى يصير ملجئا اليه بشهادتهم لانه يفسق لو لم يقض بها * فان قيل الضرورة التي توجب نقل الفعل اليه ضرورة هائلة وهذه ضرورة مانعة لان غرضه المنع من تحصيل شرط الطلاق * قلنا لما ثبتت الضرورة ثبتت به شبهة الفعل وذا كافي لهذا الحكم لثبوت شبهة العدوان **قوله** لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي الى الارث لان النكاح باق في هذه الحالة في استحقاق الارث فيكون الباقي هو الارث اوسبب الارث * فان قيل ينبغي ان لا يرث لانا جعلنا النكاح باقيا حكما في حق الارث والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا احق فصار كما لو طاعت ابن زوجها قيل الطلاق كالمسئلة الاولى * قلنا الردة تنافي نفس الحق وهو الارث لان المرتد لا يرث احدا فلم يتصور بقاء النكاح بدون الادل فاما المحرمية فانما يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها ولم يوجد لان النكاح قد بطل بالثلث وانما بقي في حق الارث خاصة فما لا ينافي الارث لا يعتبر منافيا في حق ما ثبت في الارث خاصة وبالمطوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافة اليها فلا يجب ابقاء النكاح في حق الاستحقاق نظرا لها مع رضاما ببطان السبب **قوله** ومن قذف امرأته وهو صحيح ثم لاعن الى قوله وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه ووجه ان سبب الفرقة قذفه ايها ولكن بشرط اللعان فان القاضى يلاعن بينهما باعتبار القذف ويفرق بينهما وانما يلاعن بينهما بطلب المرأة فصار القذف بمنزلة السبب المعلق بشرط يوجد منها وهو مما لا بد لها منه فانها لا تجد بدا من الحصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلم تصر بذلك راضية بسقوط حقها * وعند محمد لم يثبت حكم الفرار لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانيين فكان آخر المدارين * فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضى عندنا فكان القضاء آخر المدارين * قلنا اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء

كتاب الطلاق

قوله واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل معا له بد منه ولا بد له منه فان قيل ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مبالغا منه يصير مضطرا في مباشرته فلا يصير الفعل ظلما فلا يرث * قلنا الاضطرار في جانب الفاعل لا يبطل حق غيره لان حق غيره محترم معصوم وذلك لا يتفاوت بين كون المتعلق مختارا وبين كونه مضطرا الا ترى ان من اتلف مال الغير ناقبا او مخطئا او اصابته مخصمة فاكل مال الغير لاستبقاء مهجته فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان بقاء عصمته للغير يكفي لايجاب الضمان ونقول لا تسقط عن فعله صفة العدوان بالنظر الى عصبة المحل ولهذا يضمن فكندا هنا **قوله** واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها الى قوله والفعل مما لها بد منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك لانها بمباشرة الشرط صارت راضية اذ الوجود مضاف الى الشرط فكان الرضا بالشرط رضاء بالمشروط * فان قيل اذا قال احد شريكى العبد لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب ولاية تضييم الخالق ولو كان الرضا بالشرط رضاء بالمشروط لما كان له ذلك * قلنا الارث يثبت بماله شبه العدوان فيبطل بماله شبه الرضا ولا كذلك الضمان او نقول مسئلة الاعتاق من قبيل ما لا بد لها منه لان موضوعها في كتاب العتاق فيما اذا كان قال احد الشريكين ان لم اضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته سوطا فهو حر فضربه فان الضارب يضمن للخالق وهو مضطرا الى اكتساب هذا وفعل الشرط بطريق الاضطرار لا يدل على رضاء بالمشروط ولا كذلك في مسئلتنا فكانت راضية بالمشروط **قوله** في الدنيا راجع الى اكل الطعام **قوله** او في العقبى راجع الى صلوة الظهر **قوله** كانها آله له كما في الاكراه لان حد المكروه ان يكون مضطرا بين شريين والمرأة كذلك لانها لو باشرت الشرط تنضرب بوقوع الطلاق وان امتنعت تعاقب في دار الاخرة وهذا الاضطرار جاء من الزوج فكانت مكروهه فيضاف فعلها اليه كمن اكره انسانا على اتلاف ماله وهذا لان الاكراه كما يقع بخوف تلقى عاجل فكذلك يقع بالتفسيق الا ترى ان فعل القاضى في باب الفضا بالشهادة منقول الى الشاهد حتى يكون الضمان عليهم اذا رجعوا لان القاضى يصير ملجئا اليه بشهادتهم لانه يفسق لو لم يقض بها * فان قيل الضرورة التي توجب نقل الفعل اليه ضرورة هائلة وهذه ضرورة مانعة لان غرضه المنع من تحصيل شرط الطلاق * قلنا لما ثبتت الضرورة ثبتت به شبهة الفعل وذا كافي لهذا الحكم لثبوت شبهة العدوان **قوله** لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي الى الارث لان النكاح باق في هذه الحالة في استحقاق الارث فيكون الباقي هو الارث اوسبب الارث * فان قيل ينبغي ان لا يرث لانا جعلنا النكاح باقيا حكما في حق الارث والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا احق فصار كما لو طاعت ابن زوجها قيل الطلاق كالمسئلة الاولى * قلنا الردة تنافي نفس الحق وهو الارث لان المرتد لا يرث احدا فلم يتصور بقاء النكاح بدون الادل فاما المحرمية فانما يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها ولم يوجد لان النكاح قد بطل بالثلث وانما بقي في حق الارث خاصة فما لا ينافي الارث لا يعتبر منافيا في حق ما ثبت في الارث خاصة وبالمطوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافة اليها فلا يجب ابقاء النكاح في حق الاستحقاق نظرا لها مع رضاما ببطان السبب **قوله** ومن قذف امرأته وهو صحيح ثم لاعن الى قوله وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه ووجه ان سبب الفرقة قذفه ايها ولكن بشرط اللعان فان القاضى يلاعن بينهما باعتبار القذف ويفرق بينهما وانما يلاعن بينهما بطلب المرأة فصار القذف بمنزلة السبب المعلق بشرط يوجد منها وهو مما لا بد لها منه فانها لا تجد بدا من الحصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلم تصر بذلك راضية بسقوط حقها * وعند محمد لم يثبت حكم الفرار لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانيين فكان آخر المدارين * فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضى عندنا فكان القضاء آخر المدارين * قلنا اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء

(وان)

قوله وان آلى وهو صحيح الى قوله فيكون ملحقا بالتعليق بهجى الوقت * فان قيل الايلاء ليس نظير تعليق الطلاق بهجى الوقت وان كان الايلاء في الصعة لانه متمكن من ابطال الايلاء بالنفي فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشاء الايلاء في المرض وهناك يرث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكيل في صحته بالطلاق فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه كان متمكنا من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشاء كذلك ههنا قلنا الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضر يلزمه لم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة كذا ذكره الامام قاضيخان

كتاب الطلاق (٧٩) باب طلاق المريض

باب الرجعة

ذكر في المحيط اذا اراد الرجل ان يراجع امرأته فلاحسن ان يراجعها بالقول لا بالفعل لان صحة المراجعة بالقول متفق عليها وبالفعل مختلف فيها **قوله** رضيت بذلك او لم ترض **لقوله تعالى** فامسكوهن بهعروف **يعنى قوله تعالى** واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن **يعنى** اذا قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن من غير فصل بين الرضاء وعدمه اى لم يشترط رضاه المرأة **قوله** الا ترى انه تعالى سمي امساكا وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة في العدة * فان قيل كما سمي الله تعالى الرجعة امساكا فكذلك سماها ردا في قوله وبعولتهن احق بردهن وحقيقة الرد لا تكون الا بعد الزوال قلنا لما دل الدليل على بقاء الملك حمل الرد على الحالة الاولى حتى لا تبين بانقضاء العدة لا الاعادة بعد الزوال والدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعى انه بملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعى اجماعا وملك الاعتياض لا يكون الا بعد بقاء اصل الملك وكذلك يملك عليها سائر التصرفات التي كان يملك عليها قبل الطلاق وهو الظهار والايلاء واللعان فدل ذلك على بقاء الملك مطلقا **قوله** والرجعة ان يقول راجعتك اى عند الحضرة او رجعت امرأتى اى في الحضرة والغيبة ومن الفاظ الرجعة راجعتك اى رددتك وامسكتك وقوله انت عندى كما كنت او انت امرأتى ان نوى الرجعة **قوله** او ينظر الى فرجها بشهوة المراد الفرج الداخلى **قوله** وقال الشافعى لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه بان لم يكن اخرس او معتقل اللسان وهذا بناء على ان الرجعة عنده استباحة الوطى ورفع الخلل الواقع في الملك فلا يكون بالفعل كاصل النكاح والوطى قبل الرجعة حرام فلا يكون سببا للعزل كما هو اصله * وعندنا الرجعة استدامة الملك والفعل المختص بالملك يدل على استدامة الملك كالتقويل وهو نظير النفي في الايلاء فانه منع للزيل من ان يعمل بعد انقضاء العدة وذا يحصل بالجماع وكذا اذا باع امته على انه بالخيار ثم وطئها صار مستقبيا للملك بالوطى كذا هنا لان الخيار ثبت شرعا ليتدارك ما فرط منه ويتلافى ما فات عنه ثم ثبت فعلا **قوله** والدلالة فعل مختص بالنكاح اى يجب ان يكون دلالة الاستدامة التي هي الرجعة فعلا مختصا بالنكاح وهذه الافاعيل وهي الوطى والتقبيل واللمس بشهوة مختصة بالنكاح * قيل لا نسلم ان هذه الافاعيل مختصة بالنكاح لانها توجد في الامة المملوكة ايضا * قلنا ان الملك هو المقصود في الامة وهذه الافعال تابعة في حق المملوكة والتابع معدوم حكما **قوله** خصوصا في الحرة **يعنى** هذه الافاعيل في حق الحرة لا يكون بدون النكاح فاما في حق الامة يكون بالنكاح وبدونه ايضا كالشراء وغيره **قوله** وغيرهما كالتحانة وكالشاهد على الزنا اذا احتج الى تحمل الشهادة **قوله** ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة * وقال الشافعى في احد

(وان آلى وهو صحيح ثم بانث بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت) لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضى اربعة اشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بهجى الوقت وقد ذكرنا وجهه قال (والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه) لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطى فكان السبب قائما قال (وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة) وقد بيناه

باب الرجعة

(واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض) لقوله تعالى فامسكوهن بهعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه تعالى سمي امساكا وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها (والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتى) وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال (او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة) وهذا عندنا وقال الشافعى لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطئها * وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرر ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل مختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال (ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة) وقال الشافعى في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم والامر للايجاب * ولنا اطلاق النصوص من قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا. فيه في حالة البقاء كما في النفي في الايلاء الا انها

قوله لا تصح وهو قول مالك * وهذا عجب من مالك فانه لا يجعل الاشهاد في النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا كذا في المبسوط **قوله** ولنا اطلاق النصوص فامسكوهن بهعروف وبعولتهن احق بردهن من غير شرط الاشهاد فاشترطه فيها زيادة على النص وهي تصح فلا يجوز الا بدليل يصلح له وما تلا لا يصلح له لان المراد به الندب بدلالة الاجماع فانه جمع بينهما وبين المفارقة وامر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد في حق المفارقة مندوب وليس بواجب فكذا في الرجعة لاستحالة ان يكون اللفظ الواحد في حالة واحدة شاملا لمعنيين مختلفين

تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجرى التناكر فيها وما نزل
محمول عليه الا ترى انه فرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب
ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية (واذا انقضت العدة
فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان
كذبت فالحق قولها) لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال
فكان متبها الا ان بالتصديق ترافع التهمة ولا يمين عليها عند
ابي حنيفة وهو مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر
في كتاب النكاح (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت
مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة
وقالا تصح الرجعة) لانه صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا
الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقك فقالت
مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولا ي حنيفة انها صادفت
عالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت
دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج
ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق بالطلاق
يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به (واذا قال
زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقته
المولى وكذبت الامة فالحق قولها عند ابي حنيفة وقالا
القول قول المولى) لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو
خالص حقه للزوج فشابه الافرار 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 لانها منقضية العدة في الحال
وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطال بخلاف
الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام
العدة عندها فلا يظهر ملكه مع العدة (وان قالت قد
انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك
فالحق قولها) لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به
(واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت
الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقبل من عشرة ايام لم
تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة كامل)
لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت
من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة
يحتمل عود الدم فلا بد من ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال
او بلزوم حكم من احكام الطهارات بمضى وقت الصلوة بخلاف
ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقف في حقها امارة زائدة فاكتفى بالانقطاع

قوله ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية فانها
ربما تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت
عدتها وجماعها الزوج الثاني فيكون هي عاصية وزوجها
الذي اوقعها فيها مسيئا بتركه الاعلام ولكن مع ذلك لو لم
يعلمها بالرجعة جاز لان الرجعة عندنا استدامة القائم
وليست بانشاء فكانت الرجعة تصرفا في خالص حقه وتصرف
الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير كذا في المحيط
قوله فقالت مجيبة اي على الفور متصله بقول الزوج
قوله اذ هي باقية اي العدة باقية الى ان تخبر وقد سبق
الرجعة اخبار المرأة فصحت الرجعة وسقطت العدة وهي حين
اخبرت انما اخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة وليس لها ولاية
الاخبار بعد سقوط العدة كما لو سكنت ساعة ثم اخبرت
ولانها صارت متبها في الاخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج
فلا يقبل خبرها كما لو قال الموكل للوكيل عزلتك فقال
الوكيل كنت بعث حيث لا يصدق الموكل لسكونه متبها
ولسكونه غير قادر على الانشاء فهذا كذا * ولا ي حنيفة
ان هذه رجعة صادفت حال انقضاء العدة او بعدها فلا يصح
وهذا لانها امينة في الاخبار عن امر يحمّل لجواز ان يثبت
الانقضاء ساعتئذ فلا يقدر ان يخبر قبل ذلك لانه انما
يعلمها ان تخبر بعد الانقضاء ومتى قبل قولها عرف ذلك
ضرورة ان الانقضاء سابق على كلامها لان صحة الخبر تقتضى
سبق المخبر به بزمان او بازمنة فان كان بازمنة فقد صادفت
الرجعة ما بعد الانقضاء وان كان بزمان فقد صادفت حال الانقضاء
فلا تصح الرجعة مع انقضاء العدة لان العدة في حال انقضائها
لا تكون موجودة مطلقا وشرط الرجعة ان تكون في عدة
مطلقة * فان قيل لما كان قولها انقضت عدتي مقتضيا سبق
الانقضاء كان قول الزوج راجعتك يقتضى سبق الرجعة ايضا
فلا تكون الرجعة في حال الانقضاء * فلنا قوله راجعتك انشاء
وهو اثبات امر لم يكن فلا يستدعى سبق الرجعة وقولها
انقضت عدتي اخبار وهو اظهار امر قد كان فيقتضى سبب
الانقضاء ضرورة وهذا بخلاف ما لو سكنت ساعة لانها متبها
بالتأخير لان الانقضاء لو كان ثابتا لوجب عليها ان يخبر فلما
لم يخبر دل انها كاذبة فلم يقبل قولها ولا يقال مصادفة الرجعة
حال انقضاء العدة نادرة * لانا نقول ان انقضاء العدة لا بد من ان
يوافق حالة فتارة يوافق اكلها وتارة يوافق نوبها وتارة قول
الزوج راجعتك وانما يصير متبها اذ فرطت في الاخبار بالتأخير
ولا نفرط منها ههنا لانها لا تقدر على الاخبار الا بعد الانقضاء
بخلاف الوكيل فانه مفرط بالاخبار لان بيعه كان قبل العزل
لا مع العزل ومسئلة الطلاق على الخلاف لا يقع الطلاق عند
ابي حنيفة كما لو قال انت طالق مع انقضاء عدتك * والاصح
انه يقع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها في العدة
كان مصدقا في ذلك بخلاف الرجعة كذا في البسوط

وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة واى يوسف وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم عند عدم الماء نزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء بدليل حل اداء الصلوة لها به وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولا فرق بين الحكم بجواز صلوة ادبت وبين الحكم بجواز الاقدام على ما لم يؤد بعد والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط الا ترى انها لو اغتسلت وبقيت في بدنها لعة تنقطع الرجعة عنها احتياطاً وان لم يحل لها اداء الصلوة فهنا اولى وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطاً وان لم يحل لها اداء الصلوة فهنا اولى ان تنقطع الرجعة وقد حل لها اداء الصلوة* ولهما انه طهارة ضرورية لانه تلويث حقيقة وهذا لانه لا يرفع الحدث يقيين حتى لو وجد التيمم الماء كان محدثاً بالحدث السابق وانما جعل لها طهارة حكماً ضرورة الحاجة الى اداء الصلوة لانها محتاطة باداؤها ولا تقدر على اداؤها الا بالطهارة فامرها الشرع بالتيمم لثلاث تضاعف عليها الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فكان طهارة في حكم الصلوة وفيما هـ و من توابعها كدخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ولا ضرورة في حكم الرجعة فكان التيمم في حقها عند عدم الماء كالتييمم عند وجوده ولكنه اذا فرغ من الصلوة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم بصحة الصلوة وصحة الصلوة تثبت مطلقاً لا ضرورة فظهرت في حق سقوط الفرض عن ذمتها وفي حق انقطاع الرجعة لانه من لوازمه وقبل اداء الصلوة ما حكمنا بحكم في حقها لان حل الاقدام على الصلوة في حقها مترقب لان كون التيمم طهارة لترقب في شرطه وهو عدم الماء الى ان يفرغ من الصلوة وان عدت الماء الى ان تفرغ من الصلوة تبين ان الطهارة ثابتة في حقها والحكم بالطهارة ثابت فان وجدت الماء قبل ذلك تبين ان الطهارة ليست بثابتة في حقها لفقد شرطه فلا يكون الحكم باباحة الصلوة ثابتة قبله ولهذا تستقبل الصلوة اذا وجدت الماء في خلالها وهذا بخلاف ما اذا بقي على بدننا لعة لان قطع الرجعة هناك لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكان طهارة قوية في نفسها والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فانه طهارة قوية لكونها اغتسالاً بالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم الى ذلك في حكم حل الصلوة احتياطاً للاشبهاء الادلة في طهارة الماء وقد كان الاصل فيه الطهارة ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة ايضا لكونها طهارة قوية* ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع عند ابي حنيفة واى يوسف والصحيح ان الرجعة لا تنقطع عندهما ما لم تفرغ من الصلوة لان الحال بعد شروعاتها في الصلوة كالحال قبله الا ترى انها اذا رأت الماء بطل تيممها بخلاف ما بعد الفراغ من الصلوة فانها وان رأت الماء بقيت الصلوة مجزية فيتوقف الانقطاع على الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلوة* وههنا نكتة معروفة وهى ان التيمم عند محمد خلف عن طهارة الوضوء فيكون طهارة ضرورية ولهذا لا يصح اقتداء المتوضىء بالتيمم عنده وههنا ترك اصله فجعلها طهارة مطلقة حتى قال تنقطع بها الرجعة بمنزلة الاغتسال وعندهما التراب خلف عن الوضوء فتحصل الطهارة مطلقة حتى جاز اقتداء المتوضىء بالتيمم عندهما وههنا جعلها ضرورية حتى قال لا تنقطع الرجعة قبل الفراغ من الصلوة* فالخاص ان محمداً اخذ بالاحتياط في الموضعين جميعاً وهما جعلها في حق الصلوة طهارة مطلقة اذ الآية وردت في الصلوة وشرع التيمم للتمسك من الصلوة وفي حق غيرها عملاً بحقيقة التلويث وهو ضد التطهير فكان طهارة ضرورية **قوله** والاحكام الثابتة ايضا ضرورية حتى حل قراءة القرآن ومس المصحف ودخول المسجد لان هذه الاحكام من توابع الصلوة اذ حل الصلوة تقتضى حل دخول المسجد وحل قراءة

قوله وينقطع اذا تيممت وصلت مكتوبة او تطوعا عند ابي حنيفة واى يوسف وهذا استحسان * وقال محمد اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم عند عدم الماء نزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء بدليل حل اداء الصلوة لها به وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولا فرق بين الحكم بجواز صلوة ادبت وبين الحكم بجواز الاقدام على ما لم يؤد بعد والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط الا ترى انها لو اغتسلت وبقيت في بدنها لعة تنقطع الرجعة عنها احتياطاً وان لم يحل لها اداء الصلوة فهنا اولى وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطاً وان لم يحل لها اداء الصلوة فهنا اولى ان تنقطع الرجعة وقد حل لها اداء الصلوة* ولهما انه طهارة ضرورية لانه تلويث حقيقة وهذا لانه لا يرفع الحدث يقيين حتى لو وجد التيمم الماء كان محدثاً بالحدث السابق وانما جعل لها طهارة حكماً ضرورة الحاجة الى اداء الصلوة لانها محتاطة باداؤها ولا تقدر على اداؤها الا بالطهارة فامرها الشرع بالتيمم لثلاث تضاعف عليها الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فكان طهارة في حكم الصلوة وفيما هـ و من توابعها كدخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ولا ضرورة في حكم الرجعة فكان التيمم في حقها عند عدم الماء كالتييمم عند وجوده ولكنه اذا فرغ من الصلوة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم بصحة الصلوة وصحة الصلوة تثبت مطلقاً لا ضرورة فظهرت في حق سقوط الفرض عن ذمتها وفي حق انقطاع الرجعة لانه من لوازمه وقبل اداء الصلوة ما حكمنا بحكم في حقها لان حل الاقدام على الصلوة في حقها مترقب لان كون التيمم طهارة لترقب في شرطه وهو عدم الماء الى ان يفرغ من الصلوة وان عدت الماء الى ان تفرغ من الصلوة تبين ان الطهارة ثابتة في حقها والحكم بالطهارة ثابت فان وجدت الماء قبل ذلك تبين ان الطهارة ليست بثابتة في حقها لفقد شرطه فلا يكون الحكم باباحة الصلوة ثابتة قبله ولهذا تستقبل الصلوة اذا وجدت الماء في خلالها وهذا بخلاف ما اذا بقي على بدننا لعة لان قطع الرجعة هناك لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكان طهارة قوية في نفسها والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فانه طهارة قوية لكونها اغتسالاً بالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم الى ذلك في حكم حل الصلوة احتياطاً للاشبهاء الادلة في طهارة الماء وقد كان الاصل فيه الطهارة ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة ايضا لكونها طهارة قوية* ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع عند ابي حنيفة واى يوسف والصحيح ان الرجعة لا تنقطع عندهما ما لم تفرغ من الصلوة لان الحال بعد شروعاتها في الصلوة كالحال قبله الا ترى انها اذا رأت الماء بطل تيممها بخلاف ما بعد الفراغ من الصلوة فانها وان رأت الماء بقيت الصلوة مجزية فيتوقف الانقطاع على الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلوة* وههنا نكتة معروفة وهى ان التيمم عند محمد خلف عن طهارة الوضوء فيكون طهارة ضرورية ولهذا لا يصح اقتداء المتوضىء بالتيمم عنده وههنا ترك اصله فجعلها طهارة مطلقة حتى قال تنقطع بها الرجعة بمنزلة الاغتسال وعندهما التراب خلف عن الوضوء فتحصل الطهارة مطلقة حتى جاز اقتداء المتوضىء بالتيمم عندهما وههنا جعلها ضرورية حتى قال لا تنقطع الرجعة قبل الفراغ من الصلوة* فالخاص ان محمداً اخذ بالاحتياط في الموضعين جميعاً وهما جعلها في حق الصلوة طهارة مطلقة اذ الآية وردت في الصلوة وشرع التيمم للتمسك من الصلوة وفي حق غيرها عملاً بحقيقة التلويث وهو ضد التطهير فكان طهارة ضرورية **قوله** والاحكام الثابتة ايضا ضرورية حتى حل قراءة القرآن ومس المصحف ودخول المسجد لان هذه الاحكام من توابع الصلوة اذ حل الصلوة تقتضى حل دخول المسجد وحل قراءة

القرآن وحل مس المصحف فكان هذا جواباً عن حرف الخصم بقوله حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلة **قوله** وان كان اقل من عضو نحو الاصبع مثلاً كذا في المحيط **قوله** فلا يثبت بعدم وصول الماء اليه حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت منها قصدا لا تنقطع الرجعة كذا في المحيط **قوله** وعنه وهو قول محمد وهو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافاً فان عند الشافعي المضضة والاستنشاق سنتان في الوضوء والجنابة وفي المحيط فان كان الباقي احد المنخرين فالرجعة باقية بالاتفاق **قوله** ومن طلق امرأته وهى حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة الى قوله وبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه ثبت بهذا الوطى الاحصان اى في حق الرجم -

(فان خلاها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة) لان تأكد الملك بالوطى وقد اقر بعد مه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لان تأكد المهر المسمى بينى على تسليم المبدل لاعلى القبض بخلاف الفصل الاول (فان راجعها) معناه بعد ما خلاها 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 بعد لان على الاعتبار الثانى يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطى قبله فيحرم الوطى والمسلم لا يفعل الحرام (فان قال لها اذا ولدت فانك طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة) معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثانى من علوق حادث منه فى العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وان قال كلما ولدت ولدا فانك طالق فولدت ثلثة اولاد فى بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثانى رجعة وكذا الثالث) لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثانى صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطى حادث فى العدة ويقع الطلاق الثانى بولادة الولد الثانى لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالافراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوق وتترزين) لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والترزين له حامل عليها فيكون مشروعا (ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه) معناه اذا لم يكن من فصد الرجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا * ولنا

مع انه يندرى بالشبهات * فان قيل وجب ان لا يكون له حق الرجعة لان الرجعة حق مستحق له وقد انكر ثبوتها له اقصى ما فى الباب انه صار مكذبا شرعا حكما لثبوت النسب منه لكن لا يلزم من كونه مكذبا شرعا بقاء ما كان حقا له وصار هذا الرجل اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحق من يده ثم وصلت اليه يوما من الدهر امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا * قلنا لم يتعلق باقراره هنا حق الغير والواجب لحق الرجعة ثابت وهو الطلاق بعد الدخول فوجب ان يكون له حق الرجعة بخلاف الاقرار فانه تعلق به حق الغرماء وان صار المقر مكذبا شرعا * فان قيل لم اجامعها صريح فى عدم الجماع والصريح اذا اجتمع مع غير الصريح فالصريح اولى * قلنا الدلالة من الشارع اقوى من التصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب عن العبد وعدم احتمالها من الشارع قوله فان خلاها واغلق بابا او ارخى سترا فى الفوائد الظهيرية ذكر ههنا اى فى الجامع الصغير اغلق بابا او ارخى سترا بالواو وفى كتاب الطلاق قال او ارخى سترا باو وهو الصحيح قوله فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثانى وهو جعله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطى قبله فيحرم الوطى والمسلم لا يفعل الحرام وعلى اعتبار الاول وان صار كاذبا والكذب حرام ايضا الا انه اهون من الزنا قوله فيكون الولد الثانى من علوق حادث ضرورة لان الولد لا يبقى فى البطن لاكثر من سنتين فيكون زوجها الا يظن بها ارتكاب الزنا فكان رجعة ضرورة واما اذا ولدت لاقل من سنتين فلان العلوق حادث والحادث يضاف الى اقرب الزمان اذا امكن وقد امكن اذا تخلل بين الولادتين ستة اشهر فصاعدا وذكر فى كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا اذا ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وان ولدت لاكثر من سنتين يكون رجعة لانها اذا ولدت لاقل من سنتين احتمال العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل العلوق قبل الطلاق فلم يكن رجعة فلا تثبت الرجعة بالشك اما هنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال لانها ولدت ولدين فلو لم يجعل الولد الثانى من علوق حادث لصار مع الولد الاول بطن واحد والاتحاد لا يثبت بالشك اذا كان بين الولدين ستة اشهر فصاعدا فصار الولد الثانى من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعة قوله وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وهو انه يجعل العلوق بوطى حادث فى العدة * فان قيل بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعلهما على الحرام لان الوطى فى النفاس حرام * قلنا لا يلتفت الى هذا رعاية للنسب لان النسب مما يحتاط فى اثباته والنفاس قد يوجد وقد لا يوجد وقد يقل وقد يكثر فلا يفتن بارتكاب الحرام ولو ولدت ثلثة اولاد فى بطن واحد والمسئلة بجالها فانها تطلق ثنتين وانقضت العدة بالولد الثالث لان علوق الكل دفعة واحدة فلا حاجة الى القول بالرجعة فاذا ولدت الاول وقعت واحدة ووجبت العدة واذا ولدت الولد الثانى وهى معتدة يقع آخر واذا ولدت الولد الثالث تنقض العدة بوضع الحمل لانه لا ولد فى البطن الطلاق لا يقع مع انقضاء العدة

قوله لا تخرجوهن الآية نزلت في المعتدات من الطلاق الرجعي بدليل سياقها يا ايها النبي اذا طلقتم النساء ثم قال لا تخرجوهن
 وصريح الطلاق رجعي * فان قيل الرجعة تصح بدلالة فعل يختص بالنكاح فلم لا يكون اخراجها للمسافة رجعة بل هو دليل الرجعة لان الظاهر
 من حال المسلم ان لا يرتكب المنهي عنه واخراجها من بيتها بدون الرجعة منهي عنه * قلنا المسافة لا تكون اعلى من السكنون معها في منزل واحد
 وبذا لا يكون دليل الرجعة نعم الظاهر من حال المسلم الاجتناب عن المحرم لكن اذا كان ذلك ظاهرا لا يخفى عليه والنهي عن الاخراج في المدة مما
 يخفى على بعض العلماء فضلا عن العوام على ان الكلام في رجل ينادى باعلى صوته انه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع الصريح بخلافه **قوله** ولهذا
 يحتسب الاقراء من العدة ولو اقتصر الزوال على الانقضاء **باب الرجعة** (٨٣) **كتاب الطلاق**

قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي
 عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت
 العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت
 وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج
 الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك
 الزوج * وقوله متى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب
 على ما قدمناه **(والطلاق الرجعي لا يحرم الوطى)** وقال
 الشافعي يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق *
 ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق
 الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض
 الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن
 بكونه استدامة لانشاء اذ الدليل ينفيه والقاطع آخر عمله
 الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم *

فصل فيما تحل به المطلقة

(واذا كان الطلاق باثنا دون الثلث فله ان يتزوجها في
 العدة وبعد انقضائها) لان حل المحلية باق لان زواله معلق
 بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه
 النسب ولا اشتباه في اطلاقه (وان كان الطلاق ثلثا في الحرة
 او ثنتين في الامه لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا
 صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها) والاصل فيه
قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح
 زوجا غيره فالمراد المطلقة الثالثة والثنتان في حق الامه كالثلث في حق
 الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج
 مطلقا والزوجية المطلقة انها تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول
 ثبت باشارة النص وهو ان يحل النكاح على الوطى
 حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد
 باطلاق اسم الزوج او يزداد على النص بالحديث المشهور
 وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تدوق عسيلة الآخر

فصل فيما تحل به المطلقة

قوله لان حل المحلية باق المعنى من حل المحلية
 كونها انثى من بنى آدم ليست من المحرمات وهو موجود
 ههنا **قوله** ومنع الغير جواب سؤال مقدر بان يقال ان
 الله تعالى لم يجوز نكاح المعتدة مطلقا **بقوله تعالى** ولا
 تعزوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله * فاجاب بقوله
 انما كان ذلك لاشتباه النسب والتعليل باشتباه النسب هو
 بيان الحكمة فيه لايان العلة لوجود التخلف فيه فانه لو
 طلق الصغيرة او الآيسة تجب العدة ومنع الغير عن تزوجها
 في العدة وان لم يكن فيه اشتباه النسب وكذلك لا يجوز
 تجوز المعتدة من الصبي وان لم يكن فيه اشتباه النسب
 لانه لا يثبت النسب منه **قوله** لان الرق منصف لحل
 المحلية على ما عرف الرق منصف للعقوبة **لقوله تعالى**
 فعليهون نصف ما على المحصنات من العذاب فيكون منصف
 للنعمة اذ لولا ذلك لكملت النعمة فثبت الجنابة وغلظت
 فكملت عقوبتها **قوله** والزوجية المطلقة انما تثبت
 بنكاح صحيح لان الوطى يحرم في الفاسد ويجب التفريق ولا يجب البهر قبل الوطى * ولهذا لو حلقت لا يتزوج فتزوج امرأة نكحتا فاسدا لا يثبت
قوله حملا للكلام على الافادة * النكاح ينكر للعقد وينكر للوطى * وهو اصله وقد اريد به الوطى * هنا ليكون الكلام محمولا على الافادة
 لاعلى الاعادة اذ العقد مستفاد من اسم الزوج * فان قيل جاز ان يسمى زوجا لانه يعرض ان يصير زوجا * قلنا الاصل في الكلام هو الحقيقة ولا
 يعمل عنها بلا ضرورة * فان قيل قد تحققت الضرورة وهي اضافته الى المرأة لانها لا تكون واطئة وانما تكون موطوءة * قلنا اضافة الوطى الى المرأة
 يجوز مجازا باعتبار التمكن كما في **قوله تعالى** الرانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما موطوءة على الوطى * لكن فيه مجاز واحد واعمال للفظ النكاح والزواج
 على الحقيقة ولو حمل على العقد لكان فيه مجازان والاول اولى او نقول ما قلنا اولى لان فيه مجازا وافادة وفيما قلتم مجاز واعادة *

قوله بروايات روى لفظ الخطاب حتى تدوق عسيلته ويدوق عسيلتك * وفي رواية من عسيلته ومن عسيلتك * وفي رواية حتى يدوق عسيلته
 الى آخره بلفظ الغيبة * **قوله** والشرط الايلاج لان الذوق يحصل بالايجاج والانزال اشيع فلا يشترط قوله والكمال قيد اي الحديث المشهور
 الدخول وهو عبارة عن الايلاج فحسب فكان اشترط الانزال في الايلاج زيادة قيد على الدخول المطلق والمطلق ينصرف الى الكمال في الحديث
 فلا يتوقف الحكم المرتب على الامر الكمال الى زيادة وصف لادلالة له في اللفظ عليه لانه يجري مجرى النسخ **قوله** والحجة عليهما بينا وهو قوله
 الدخول في نكاح صحيح * وقوله وفسره في الجامع الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع معناه ان تتحرك آتته ويشتهى وهذا لان في الحديث ذكر النكاح
 من الطرفين وهذا انما يتحقق في المراهق الذي يشتهى * والاولى ان يكون المخلل حرا بالغا * قال الامام قاضيخان وثبت المخل للزوج الاول
 الصبي منه بما ثبت المخل بوطي والزوج الثاني سواء كان صبيا او مجنونا او حرا او مملوكا * وقال الحسن البصري لا يجملها جميع الصبي لان عندنا
 لا يتم بدون الانزال وعند مالك والشافعي رحمهما الله لا يتم التحليل الا بجماع من كان من اهل الماء * قوله واذا تزوج بشرط التحليل بان قال
 على ان احملك او قالت المرأه ذلك اما لو اضرا ذلك في قلبها فانه يصح العقد ويجل للاول عند عامة العلماء * وقال مالك رحمه الله لا يصح
 الامام التمرتاشي لو خافت المرأة ان لا يطلقها المخل فيقول زوجت نفسي منك على ان امرى بيدي اطلق نفسي كلما اريد فيقول الرجل
 جاز النكاح وصار الامر في يديها * وفي التفاريق لو ادعت دخول المخل صدقت وان انكر هو وكذا على العكس **قوله** واذا طلق
 تطليقة او تطليقتين الى ان قال وقال محمد لا يهدم مادون الثلث لانه غاية المحرمة بالنص فيكون منهيها ولا انها للمحرمة قبل الثبوت * الزوج الثاني
 غاية للمحرمة الحاصلة بالثالث بالنص قال الله تعالى فلاجل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وكلمة حتى للغاية ولم تثبت
 تلك الحرمة بالطلقة والطلقتين لانها متعلقة بالثالث وبعض
 اركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلم يكن الزوج الثاني
 غاية اذ غاية الحرمة قبل ثبوتها محال الا ترى انه لو قال اذا جاء
 رأس الشهر فوالله لا اكلم فلانا حتى استشير فلانا ثم
 استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا لان الاستشارة
 غاية للمحرمة الثابتة باليمين فلا يعتبر قبل اليمين فاذا لم
 يعتبر كان وجودها كعدمها ولو تزوجها قبل التزوج او قبل
 اصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقي من التطليقات
 فكذلك هنا وابو حنيفة وابويوسف رحمهما الله قالوا اصابة
 الزوج الثاني بنكاح صحيح تلحق المطلقة بالاجنبية
 في الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلث *
 ويبان هنا ان بالتطليقات الثلث تصير محرمة ومطلقة ثم
 باصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعا وتلحق بالاجنبية
 التي لم يتزوجها فبالطليقة الواحدة تصير موصوفة بانها
 مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج الثاني * ثم الدليل على
 الزوج الثاني رافع للمحرمة وموجب للحل قوله عليه السلام
 لعن الله المخل والمحلل له والمحلل من يثبت المخل كالمسود
 من يثبت السواد * فان قيل انما يثبت كونه محملا بهذا
 النص عند استحقاق اللعن فكيف يثبت التحليل عند
 عدمه * قلنا لما ثبت التحليل مع استحقاق اللعن فلان
 يثبت التحليل عند عدمه اولى على ان التحليل من حيث
 انه زوج واستحقاق اللعن ليس بهذا الاعتبار بل بامر آخر
 ولما كان محملا وجب ان يكون مفيدا لحل لا يزول الا بثلث
 تطليقات فكذا في التنازع فيه او نقول لما كان مفيدا لاصل
 الحل فلان يكون مكملا للحل اولى لان اثبات الوصف ايسر
 من اثبات الاصل ولا ذلك الا يهدم الطلقة والطلقتين * فان
 قيل الزوج الثاني غاية للمحرمة بكتاب الله تعالى فمتى جعلناه
 مثبتا للحل مطلقا يلزم تغيير قضية الكتاب ومتى جعلناه
 غاية للمحرمة يكون عملا بحقيقة الكتاب وببجاز الخبر وهذا
 اولى من العمل بحقيقة الخبر وببجاز الكتاب * قلنا حسن

كتاب الطلاق (٨٤)

روى بروايات * ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب
 رضى الله عنه * وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ
 والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه
 والكمال قيد زائد (والصبي المراهق في التحليل كالبالغ)
 لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص * ومالك
 يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال
 غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل
 واحلها للزوج الاول * ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آتته
 ويشتهى وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب
 لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لاغسل على
 الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال (ووطع المولى لانه
 لا يحلها) لان الغاية نكاح الزوج (واذا تزوجها بشرط التحليل
 فالنكاح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل
 والمحلل له وهذا هو محمله (فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول)
 لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط *
 وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه
 ولا يحلها على الاول لفساده * وعن محمد انه يصح النكاح
 لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى
 بمنع مقصود كما في قتل المورث (واذا طلق المرأة تطليقة
 او تطليقتين وانقضت عدايتها وتزوجت بزواج آخر ثم
 عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج
 الثاني مادون الثلث كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة
 وابي يوسف وقال محمد لا يهدم ما دون الثلث) لانه غاية

تعمل بحقيقتها لان الكتاب جعله غاية والخبر جعله محملا والكتاب ساكت عنه فعملنا محملا فكان عملا بحقيقتها وانتم (للمحرمة)
 فان علمت بحقيقة الكتاب وببجاز الخبر فكان مذهبنا اليه اولى * فان قيل جعله محملا يخل بمعنى الغاية لان غاية الشيء بمنزلة ما ينتهي به الشيء
 من غير ان يكون مؤثرا في شيء ومثبتا لشيء * قلنا لا منافاة بينهما لان الشيء كما ينتهي بضمي الوقت ينتهي بوجود ضده كالصوم ينتهي بهي
 الليل وكذا بوجود ضده وهو الاكل وكذا الحيوة تنتهي بوجود ضده وهو الموت وكذا الرق ينتهي بوجود ضده وهو العتق فكذا الحرمة هنا
 ينتهي بوجود الزوج الثاني لانه يوجب ضدها وهو الحل وهذا لان الشيء قد يكون غاية بصورته وقد يكون غاية بمعناه فعملناه غاية بمعناه
 لانه يثبت الحل به وهذا كالنص المحلل اذا ورد لم يبق للنص المحرم لان النص المحلل رافع للنص المحرم لان هذا بدأ على الله تعالى ولكن
 تبين به ان النص المحرم يوقت الى هذا الوقت فكان غاية بمعناه لانه يثبت ضده وهو الحل فكذا هنا يدل عليه **قوله** تعالى حتى
 تغتسلوا ولاشك ان الاغتسال كما ينتهي به الحدث تثبت به الطهارة الجديدة * فان قيل الزوج الثاني انما صار محملا للحاجة ولا حاجة هنا فكان
 الطهارة * قلنا انما يستقيم هذا ان لو كان كونه مثبتا للحل لمكان الحاجة وليس كذلك الا ترى انه لو تزوجها على قصد ان لا يطلقها ابدا اولم
 تكن من قصد الاول ان يراجعها ابدا يثبت الحل بخلاف طهارة صاحب العذر فانها شرعت للحاجة * وهذه مسئلة اختلف فيها اصحاب النبي
 عليه السلام * ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم النخعي واصحاب عبد الله بن مسعود رضى الله
 عنهم * وما قال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة رضى الله عنهم فاخذ الشبان -

يقول المشايخ من الصعابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصعابة كذا في البسوط **قوله** لانها معاملة ان النكاح معاملة وفي المعاملات يعتبر خبر كل ميسر لعموم الضرورة الداعية الى سقوط سائر الشرائط كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارة **قوله** او امرديني لتعلق الحل به لان الحل حق الشرع فيقبل قول الواحد كما في خبر نجاسة الماء وطهارته او روت حديثا **قوله** وسنبنينا في باب العدة وعند ولم يذكرها في باب العدة وادنى هذه المدة عند ابي حنيفة رحمه الله شهران ان اقرت بالمضى بالاقرار وعندهما تسعة وثلاثون يوما كانه مطلقا في آخر الطهر وحيضا ثلاثة وطهرها خمسة عشر يوما فتبضي عدتها بطهرين ثلاثين يوما وثلاثة اقرار تسعة ايام الامكان * وقيل على قياس قول ابي يوسف رحمه الله تصدق في سبعة وثلاثين يوما ونصف واربع ساعات لان اقل الحيض عنده يومان واكثر اليوم الثلث فيجعل كل حيض يومين ونصف يوم وساعة فذلك سبعة ونصف وثلاث سليمان وساعة للاخبار والاعتسال * ولا يبي حنيفة رحمه الله على ما ذكره محمد ان يجعل كانه مطلقا في اول الطهر تفاديا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثره وحيضا خمسة ايام لان اقله واكثره نادر فاعتبرنا الوسط فثلاثة اطهار تكون خمسة واربعون يوما ثلث حيض يكون خمسة عشر يوما فذاستون يوما * وعلى ما روى الحسن عنه ان يجعل كانه مطلقا في آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ثم حيضا عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة قدرنا حيضا بالاكثر ليعتدلا فطهر ان ثلاثون وثلث حيض ثلاثون فذاستون ولا معنى لما قال لان الامين انما يقبل قوله اذا لم تكذب العادة واما اذا كذبت العادة فلا لان المكذب عادة كالمكذب حقيقة الا ترى ان الوصي اذا قال انفقت في يوم مائة درهم على الصبي لا يصدق وان كان محتلا بان يشتري له نفقة فيسرق وتم فيحرق وتم فيغرق وتم لكونه نادرة ولا احتمال لتصدقها في تلك المدة الا بعد امور نادرة ان يكون الايقاع في آخر اجزاء الطهر وحيضا اقل مدة الحيض وطهرها كذلك وان لا يبرأ الاخبار عن ساعة الانقضاء وان كانت امه فعندهما تصدق في احد وعشرين يوما سنة للحيضتين عشر للطهر * وعنده في رواية محمد في اربعين يوما وخمسة كانه مطلقا في اول الطهر فطهران ثلاثون وقرآن عشرة * وعلى رواية الحسن في خمسة وثلاثين فقرآن عشرون والطهر خمسة عشر *

(٨٥)

كتاب الطلاق

للحرمة بالنص فيكون منهيها ولا انتهاء للحرمة قبل الثبوت * ولها قول صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له سماه محلا وهو الميثب للحل (واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة) لانها معاملة او امرديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيها مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تختمل واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبنينا في باب العدة ان شاء الله تعالى *

باب الايلاء

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقر بك او قال والله لا اقر بك اربعة اشهر فهو مول) **لقوله تعالى** للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية (فان وطئها في اربعة اشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة) لان الكفارة موجب الحنث (وسقط الايلاء) لان اليمين ترتفع بالحنث (وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانتمنه بتطبيقه) وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقا في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة * ولنا انه ظلمها بمنع حقا فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة وزيد ابن ثابت رضوان الله تعالى عليهم اجمعين 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 موقته به (وان كان حلف على الابد فاليمين باقية) لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به

باب الايلاء

هو في اللغة الحلف من آلى اي حلف يؤلى ايلاء من الالية وهي الحلف قال الشاعر * قليل الا لا يحافظ ليمينه * وان بمرت منه الالية برت * وفي الشرع عبارة عن الحلف عن ترك وطئ المنكوحة اربعة اشهر واكثر وركبه والله لا اقر بك ونحوه وشروطه كون اليمين معقود على منع وطئ المنكوحة واهله من هو اهل للطلاق عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما من هو اهل للكفارة * وسببه ما هو السبب في الطلاق الرجعي لما ان الابانة فيه موقته الى وقت وهننا ايضا موقته الى وقت * والسبب الداعي هناك عدم الموافقة والتدارك في الطلاق الرجعي غير مستعقب مكروها وهنا يعقب مكروها لكن لا ينقص عدد الطلاق * وحكمه المتعلق بالبر وقوع الطلاق عند مضى اربعة اشهر * والحكم المتعلق بالحنث الكفارة ان كان يميننا بالله تعالى وان كان يميننا بغيره فما جعل جزاء على الحنث **قوله** فهو مول **لقوله تعالى** للذين يؤلون من نسائهم الآية والتمسك بالاية لبيان شرعية الايلاء وليبان انه اذا حلف على ترك وطئها اربعة اشهر فهو مول فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة * وعند الشافعي

(الهداية مع الكفاية) ١٢

رحمه الله يحنث في يمينه ولا تلزم الكفارة لان الله تعالى وعد المغفرة وبعد ما صار مغفورا لا تجب عليه الكفارة لما ان الكفارة للستر قلنا وعد المغفرة في الآخرة ومع ذلك وجبت الكفارة للحنث في اليمين قال الله تعالى ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية كذا في البسوط **قوله** ولنا انه ظلمها بمنع حقا في الجماع * فان قيل لو كان الجماع حقا كان لها ولاية البطالة وليس لها ذلك بعد ماوطئها الزوج مرة * قلنا ان لم يكن مستحقا عليه حكما فهو مستحق عليه ديانة * ويدل عليه ما ذكر الامام قاضيخان في باب العنين من الجامع الصغير ان الزوج اذا وطئها مرة ثم عجز بعد ذلك لا خيار لها لان ما هو المقصود وهو تأكيد المهر والاعصان وغير ذلك يحصل بالواحدة وما زاد على ذلك فهو مستحق عليه ديانة لاحكام **قوله** فان كان حلف على الابد بان قال والله لا اقر بك ذكر الابد او لم يذكر

الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع
الحق بعد البيونة (فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها
والا وقعت بمضى اربعة اشهر اخرى) لان اليمين باقية
لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء
هذا الايلاء من وقت التزوج (فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء
ووقعت بمضى اربعة اشهر اخرى ان لم يقر بها)
لما بينا (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك
الايلاء طلاق) لتقيده 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 رضى الله عنهما 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 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 لم يكن موليا) لان الثاني ايجاب مبتدأ
وقد صار ممنوعا بعد اليمين 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)
خلافاً لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتباراً بالاجارة
فتمت مدة المنع * ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان
اربعة اشهر الا بشئ يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم
منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصححها فانه
لا يصح مع التنكير ولا كذلك اليمين (ولو قربها في يوم
والباقى اربعة اشهر او اكثر صار موليا) لسقوط الاستثناء
(ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامراته بها
لم يكن موليا) لانه يمكنه القربان من غير شئ يلزمه
بالاخراج من الكوفة قال (ولو حلف بحج او بصوم او
بصدقة او عتق او طلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين
وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من
المشقة * وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقر بانها عتق عبده *
وفيه خلاف ابى يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان
فلا يلزمه شئ * وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية
فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقر بانها طلاقها او طلاق
صاحبها وكل ذلك مانع

قوله الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج * وذكر
في المبسوط اذا آلى من امرأته ايلاء مطلقاً من غير
ان يقيده باربعة اشهر فبانت بضى اربعة اشهر هل
ينعقد مرة اخرى قبل ان يزوجها ام لا كان ابو
سهيل السرخسى يقول بنعقد حتى اذا تمت اربعة اشهر قبل
انقضاء عدتها وقعت تطليقة اخرى وكذلك الثالثة قال لان
معنى الايلاء كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت
طالق تطليقة بائنة ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بينا
وكان الكرخى يقول لا تعقد المدة الثانية ما لم يتزوجها *
وهذا هو الاصح لان في انعقاد اليمين ابتداء لا بدله من اعتبار
معنى الاضرار وذلك لا يتصور بعد ما لم يتزوجها لانه
لاحق لها في الجماع فلذلك لا ينعقد المدة الثالثة ما لم يتزوجها
قوله فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا *
وقال ابن ابي ليلى يكون موليا فان تركها اربعة اشهر
بانت بتطليقة وهكذا كان يقول ابو حنيفة ولا فلما بلغته
فتوى ابن عباس (رض) لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عنه
قوله ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع
هذا التعليل انها يستقيم على ما ذكر في المبسوط واذا عقد
يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر
بغير شئ يلزمه فحينئذ يكون الامتناع في اكثر المدة
بلا مانع ولا يستقيم فيما اذا عقد يمينه على ثلاثة اشهر لان
المانع يكون في اكثر المدة حينئذ * وقيل المراد باكثر
المدة اربعة اشهر وهو جميع مدة الايلاء وسماها اكثر لكونها
اكثر من مدة حلف على ترك قربانها فاذا كان المراد به
جميع المدة فلا شك ان المانع غير موجود في جميع الصور
التي دون تلك المدة وان وجود المانع في البعض لا انتفاء
المجموع بانتفاء البعض وهو ضعيف اذ لو كان المراد به
ذلك لقال في اكثر المديتين قوله وبمثله اى وبمثله
الحلف الذى انعقد على ما دون اربعة اشهر لا يثبت حكم
الطلاق بضى اربعة اشهر ولو قال والله لا اقربك شهرين
وشهرين بعد هذين الشهرين او قال والله لا اقربك شهرين
وشهرين كان موليا * اما لو قال والله لا اقربك شهرين
ومكث يوماً او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين او
شهرين بعد الشهرين الاولين او قال والله لا اقربك شهرين
ولا شهرين لم يكن موليا اما فيما مكث لم يتكامل مدة
المنع وفيما اعاد فيه حرف النفي صار الثاني ايجاباً آخر
فصارا اجليين فتدخلا الا ترى ان من قال والله لا اكلم فلانا
يوماً ويومين فمدة المنع ثلاثة ايام ولو قال يوماً ولا
يومين يكون ايجابين فينتدخان فمدة المنع يومان
قوله لان المستثنى يوم منكر فلما كان منكرًا كان
ما من يوم يمر بعد يمينه الا ويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى
فتقربها فيه من غير ان يلزمه شئ ثم لو صرفنا ذلك اليوم
الى آخر السنة كان معينا وتغير كلامه من غير حاجة لا يجوز
بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين
لان اليمين يصح مع الجهالة كما اذا قال والله لا اتزوج امرأة
بخلاف ما لو قال بنقصان يوم فانه يكون موليا لان النقصان
لا يكون الا من آخر المدة * فان قيل اذا قال لغيره والله لا
اكلمك سنة الا يوماً فان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر
السنة فلنا الحامل على اليمين الغيظ انه قائم في الحال فيكون
المنع من الكلام مراداً في الحال فلذلك صرف اليوم
المستثنى الى الآخر

قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا لان الزوجية قائمة فان قيل الايلاء يتحقق باعتبار الظلم من الزوج بمنع حقها في الجماع ولا يحق للمطلقة الرجعية في الجماع لاقضاء ولا ديانة حتى ان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلم يكن الزوج مانعا حقها فلا يكون مانعا وينبغي ان لا يترتب عليها جزاء الظلم قلنا شرعية الايلاء ثبت بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والمطلقة الرجعية من نساءنا بالنص وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعول هو الزوج فكانت المرأة هي الزوجة وفي النصوص لا يعتبر المعنى قوله اذ اليمين منعقدة اي في حقها اي في حق الحنث لا في حق الطلاق وهذا لان الايلاء يبين تعلق بربها الطلاق كانه قال ان لم افر بك اربعة اشهر فانت طالق باثنا فاذا قال ذلك لا يجزئ حلف بالطلاق في غير الملك ولم يضاف الى سبب الملك فبطل ايجاب الطلاق وبقي يميننا مطلقا لان اليمين يعتمد بصورة البرحسا لا ملكا لا يجزئ حلف بالطلاق في غير الملك ولم يضاف الى سبب الملك فبطل ايجاب الطلاق وبقي يميننا مطلقا لان اليمين يعتمد بصورة البرحسا لا ملكا

باب الايلاء
 (وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا) لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية وحل الايلاء من تكون من نساءنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية (ولو قال لاجنبية والله لا افر بك او انت على كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لان الكلام في مخرجه رفع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك (وان قربها كفر) لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه (ومدة ايلاء الامة شهر ان) لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتصرف بالرق كمدة العدة (وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيه ان يقول بلسانه فتمت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء) وقال الشافعي لافى الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا * ولنا انه اذا ما بذكر المنع فيكون ارضاءها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفى وصار فيئه بالجماع) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف (واذا قال لامرأته انت على 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 ينوى الثلث) وقد ذكرناه في الكنايات (وان قال اردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وان قال اردت التحريم او لم ارد به شيئا فهو يصير به موليا) لان الاصل في تحريم الحلال انها هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان

وقال الشافعي مدتها كمدة ايلاء الحرة وهذا يثبت على اصل وهو ان عنده المدة ضربت لاطهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء * وعندنا شرعت اجلا للبينونة فتشابهت مدة العدة فينتصف بالرق لانه من حقوق النكاح كذا في الايضاح قوله وان كان المولى مريضا الى آخره * فان قيل ينبغي ان لا يصح ايلاء المريض لان الحكم بوقوع الطلاق عند انقضاء اربعة اشهر للحاجة الى دفع الظلم عنها لان الوقوع حق مستحق وبالامتناع بقوله والله لا افر بك يصير ظالما * قلنا النص يقتضى صحة الايلاء من النساء مطلقا غير مقيد بوصف الصحة وفيما ذكر من التعليل ابطال حكم النص والتعليل بوجه يبطل حكم النص باطل لان الحكم في موضع النص ثابت لا بالعلة ولا المرض قد يطول وقد يقصر فكان هو ظالما على تقدير ان يقصر مرضه من اربعة اشهر * فان قيل اذا كان بينهما مسيرة اربعة اشهر يقدر على النى بالجماع بان يخرج هو اليها ويخرج هي اليه فيلتقيان فيما دون اربعة اشهر * قلنا الزوج لا يقدر على ذلك بنفسه والقدرة بالغير غير معتبرة اما على اصل ابي حنيفة فظاهر فان الاعسى لا تجب عليه الجمعة عنده وان وجد قائما واما عندهما فقيما نحن فيه لا يقدر الزوج على اكتساب سبب القدرة بخلاف مسألة الجمعة قوله لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان المتعلق بالنى حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة ثم النى باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الحكم الآخر * ولكننا نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لا يتحقق بالنى باللسان وعند العجز النى بالجماع فكان النى بالجماع اصلا وباللسان بدلا منه لان النى عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار بمنع حقها في الجماع ففيه بالرجوع عن ذلك بان يجامعها واذا كان عاجزا عن الجماع فلم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع فانه لاحق لها في الجماع في هذه الحالة وانما قصد الاضرار بايجاشها بلسانه ففيه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية * ومنهنا مروى عن علي وابن مسعود رضى الله عنهما كذا في المتوسط قوله قبل حصول المقصود بالخلف * وهذا لان المقصود من النى باللسان عدم ثبوت البينونة بضى اربعة اشهر وذلك انما يترتب على مضي هذه المدة وقيل مضى هذه المدة اذا صح صار ظالما بمنع حقها في الجماع فبطل النى باللسان للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف لان القدرة على الاصل

قبل حصول المقصود بالبطل يسقط اعتبار البطل بالخلف لان القدرة (* ١٢) على الاصل قبل حصول المقصود بالبطل يسقط اعتبار البطل كالتيميم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلوة قوله فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه لان امرأته حلال له * وقوله انت على حرام كذب واردة الكذب من الكلام الكذب حقيقة له وذكر في المحيط وان قال نويت به الكذب فهو كذب ولا حكمه ويصدق القاضي لانه فسر لفظه بها يقتضيه ظاهره وهو نظير ما لو قال لامرأته انت حرة وقال اردت نعتها بالحرة لا الطلاق يدين في القضاء هكذا ذكر شمس الائمة الحلواني قوله يصير به موليا لان اقل اسباب الحرمة لليمين لان حرمتها مغيبة الى الكفارة بخلاف الحرمة بالطلاق او في الظهار ان ارتفع حرمة بالكفارة لكن كفارة اليمين ايسر ولان الحرمة في اليمين لغيره بخلاف الظهار حتى تحمل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار

قوله من غير نية بحكم العرف روى ان هذه المسئلة وقعت في عصر ابي جعفر الهندواني فاشكل عليه وكان يقول في نفسه ينبغي ان لا يطلاق ففكان يتفكر فيه اياما وكان مغتما في ذلك وكانت له ابنة صغيرة فقالت له يوما يا ابي ارأيت ما فعلت فقال لها كيت وكيت فاشك في هذا انه يقع الطلاق لما ان العرف ان الرجال يخلفون به دون النساء فلو لم يكن طلاقا لحلفت به النساء ايضا **باب الخلع** الخلع بالفتح النزح يقال خلع ثوبه عن بدنه اي نزع وخالعت زوجها افتدت منه بما لها والاسم الخلع بالضم قال الله تعالى من لباس لكم ولهن فكانهما اذا فعلا ذلك نزعاً لباسهما وهو مشروع باكتاب قال الله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به والسنة وهي ما روى ان جميلة كانت تحت ابن قيس بن شماس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام **باب الاطلاق** بغضى اياه فقال عليه السلام اتريدين عليه حديثه فقالت نعم وزيادة فقال عليه السلام اما الزيادة فلا واجماع الامة والمعقول وهو ان ملك النكاح معتبر يتمكن به من اقامة المصالح الكثيرة فيجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كملك القصاص وسواء كان بلفظ الخلع او الطلاق او المبراة او البيع بان يقول خلعتك على الف درهم او طلقتك على الف او بارأتك او بعثت نفسك او طلاقك على الف ففي الوجوه كلها لا يقع الطلاق الا بقبولها في المجلس لانها معاوضة قال اذا تشاق الزوجان اي اختلفا او تخاصما مشتق من الشق وهو الجانب وانما سمي به لان كل واحد من المتشاقين يأخذ شقا خلاف شق صاحبه وهذا كالتخاصم والتعادي لان كل واحد من المتخاصمين والمتعاديين يأخذ خصبا وهو الجانب وعدوة وهي جانب الوادي خلاف جانب صاحبه قوله وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمها من مواجب الزوجية قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على الرجل فيما اخذ وعلى المرأة فيما اعطت قوله فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة وفي احد قولي الشافعي هو فسخ حتى لو خالعهما بعد التطلقين لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره عندنا خلافا له له قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به بعد قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلا تحل له من بعد فلو جعلنا الخلع طلاقا لصارت التطليقات اربعا ولان النكاح عقد يعتدل الفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاة وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضي ايضا وذلك بالخلع كالبيع ولما روى عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه ان النكاح لا يعتدل الفسخ بعد تمامه الا ترى انه لا يفسخ بالهلاك قبل التسليم بان الملك الثابت به ضروري لا يظهر الا في حق الاستيفاء والفسخ بسبب عدم الكفاة فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع عن الاتمام وكذلك في خيار العتق والبلوغ واما الخلع فيكون بعد تمام العقد والنكاح لا يعتدل الفسخ بعد تمامه ولكن يعتدل القطع في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال واما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثلاثة بعوض وبغير عوض فهنا لا يصير الطلاق اربعا قوله حتى صار من الكنايات اذا قال الرجل لامرأته خلعتك او خالعتك ونوى الطلاق يقع به الطلاق لانه يعتدل الطلاق لان اغتلاعهما يكون عن الثياب وعن الخيرات وعن النكاح فاذا نوى الاغتلاع عن النكاح يصح ولما صار من الكنايات لا بد من النية الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا وفي النخيرة واذا خلع الرجل امرأته ثم قال لم انوبه الطلاق فان لم يذكر بد لا صدق ديانة وقضاء وان ذكر بدلا بان قال لها خالعتك على الف درهم ثم قال لم اعن به الطلاق لا يصدق قوله ولانها لا تسلم المال هطى على قوله لبقوله عليه الصلوة والسلام الخلع تطليقة بائنة قوله لا يطلق ما تلوناه بديا اي فلا جناح عليهما فيما افتدت به وقوله لان مقتضى ما تلوناه شيئا الجواز حكما والاباحة الجواز قد ثبت بدون الاباحة فان البيع وقت النداء يجوز ولا يباح فالجواز ضد الفساد واريد بالجواز هنا عدم الحرمة والاباحة ضدها الكراهة قوله وقد ترك في حق الاباحة لمعارض وهو قوله تعالى فلا يأخذوا منه شيئا وقوله عليه السلام اما الزيادة فلا * فان قيل الاخذ فعل حسي وقد ورد النهي عنه بتأكيدها اتأخذونه وكيف تأخذون والنهي عن الافعال الحسية بعدم المشروعية فكيف بالمؤكدات فينبغي ان لا يكون الاخذ مشروعا اصلا فكيف جاز مع الكراهة قلنا النهي وان ورد عن الفعل

ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظه التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

(واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدى نفسها منه بما لهما يخلعهما به) لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة) ولانه يعتدل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة (وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا) لقوله تعالى وان اردنتم استبدال زوج مكال زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه او حشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال (وان كان النشوز منها كرهنا له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها) وفي رواية الجامع الصغير امرأة اختلعت على اكثر من المهر الذي تزوجها عليه والنشوز منها طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بتأ وجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس ابن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها (ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء) وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئا الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقى معمولا في الباقي (وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيذا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالفقاص

(وكان)

المعنى لكن هو المعنى في غيره وهو زيادة الابعاش فلا تعدم المشروعية في نفسه كما في قوله عليه الصلوة والسلام لا تتغنوا ذوابكم كراسي *
 وانما قلنا ذلك لان الدرأة تصرف في مالها بالدفع الى الزوج باختيارها فمن اين يثبت عدم مشروعية الاخذ * فان قيل حديث امرأة ثابت
 بن الربيع وطلاق قوله تعالى فلا جناح بدل على حل الزيادة فكيف يعارضه خبر الواحد * قلنا خص من الآية الفضل عن المهر اذا كان
 المهر من قبله بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج فانه يكره الفضل بالاجماع فجاز تخصيصه بخبر الواحد قوله وان طلقها على
 مال فقبلت وقع الطلاق وانما وقع بالقبول ولم يتوقف على الاداء بدلالة
 ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات بتعلق الحكم بالقبول دون
 الاداء قوله وكان الطلاق باثنا لما بينا وهو قوله ولانها لا
 تسلم المال الا لتسلم لها نفسا قوله وبخلاف ما اذا
 كاتب او اعتق على خمر ولو كاتب على ميتة اودم فان
 الكتابة هناك باطلة حتى لو ادى لا يعتق ولا تجب القيمة
 كذا ذكره الامام الاسيبغابي قوله وما جاز ان يكون
 مهر جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس ولهذا يصلح
 اقل من عشرة دراهم بدل الخلع ولا يصلح مهرا * وفي المبسوط
 وان اختلفت منه بما في بطن جاريتها او بطون غنمها فهو
 جائز وله ما في بطونها بخلاف الصداق فان في مثله يجب
 مهر المثل وان لم يكن في بطنها شيء فلا شيء له لانه ما
 غرته فما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير
 ذلك من ربيع او ولد ميت قوله فان قالت له خالعتني
 على ما في يدي اراد بالبند الجارحة لانها لم تغره بتسمية
 المال لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره * وذكر
 في المبسوط وان اختلفت بما في بيتها من شيء فهو جائز
 وكل ما في البيت في تلك الساعة فهو له لان الاشارة الى
 المحل ينقطع المنازعة بينهما بسبب الجهالة وان لم يكن
 فيه شيء فلا شيء عليه بخلاف ما اذا اختلفت على ما في بيتها
 من متاع فله ما فيه وان لم يكن فيه شيء فلا شيء له ورجع
 عليها بالمهر الذي اخذت منه لانها غرته بذكر ما هو مال
 متقوم ولا يمكن اثبات الرجوع بقيمة المتاع لانه مجهول
 الجنس والقدر ولا بقيمة البضع لانه عند الخروج من ملك
 الزوج غير متقوم قوله فتعين ايجاب ما قام به اى
 ما قام البضع به وهو البهر قوله ولو قالت خالعتني
 على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل ولم يكن في
 يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة *
 فان قيل ذكرت في كلامها حرف من وهو للتبعيض فينبغي
 ان يجب بعض الدراهم وذا درهم او درهمان كقوله ان كان
 في يدي من الدراهم الثلاثة فعبد حروفي يده اربعة دراهم
 فانه يحنث * قلنا من للتبعيض وقد يكون للبيان والتمييز
 ففي كل موضع تم الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على ضرب
 ايهام فمن للتمييز كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من
 الاوثان والا فلتبعيض وقولها خالعتني على ما في يدي كلام
 تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع ايهام لان
 ما في يدها قد يكون من انواع شتى فاذا قالت من الدراهم
 فقد بينت ما ايهمت فصار كانها قالت خالعتني على الدراهم
 وقوله ان كان في يدي غير تام بنفسه حتى لا يجوز الاقتصار
 عليه فكان للتبعيض * فان قيل هذا يستقيم اذا لم تكن
 الدراهم محلاة بالالف واللام اما اذا كانت محلاة بهما فينبغي
 ان يجب درهم واحد كما لو حلق ان لا يشتري العبيد
 اولا يتزوج النساء لان الجمع المعروف باللام كالمفرد المعروف
 باللام * قلنا انما ينصرف الى الجنس اذا عرى عن قرينة

باب الخلع

كتاب الطلاق

(وكان الطلاق باثنا) اما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس
 وقد ملك الزوج احد البديلين فتملك هي الآخر وهو النفس
 تحقيقا للمساواة قال (وان بطل العوض في الخلع مثل
 ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج
 والفرقة باثنته وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيًا)
 فوفوع الطلاق في الوجهين المتعلق بالقبول واقتراعهما
 في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ
 الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما
 لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى
 تصير غارة له ولانه لاوجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا
 الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل
 بعينه فظهور خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما
 اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان
 ملك المولى فيه متقوم وما رضى بزواله مجانا اما ملك البضع
 في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح
 لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقهاء انه شريف فلم
 يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط بنفسه
 شرف فلا حاجة الى ايجاب المال قال (وما جاز ان يكون
 مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع) لان ما يصاح عوضا
 للمتقوم اولى ان يصاح عوضا لغير المتقوم (فان قالت له خالعتني
 على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء
 له عليها) لانها لم تغره بتسمية المال (وان قالت خالعتني
 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 وقيمتها للجهالة
 ولا الى قيمة البضع اعنى مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج
 فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للمضرر عنه (ولو قالت
 خالعتني 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 المصلة دون التبعض لان الكلام يتخلل بدونه

دالة على العهد كما في النظر وقد وجدت القرينة الدالة على العهد هنا وهو قوله على ما في يدي وهذا لان الدراهم جمع حقيقة وانما يتعطل معنى
 الجمعية عند ارادة الجنس للضرورة ولا ضرورة هنا على انه انما ينصرف الى الجنس اذا امكن حمله على كل الجنس ولم يمكن هنا لاستعجاله ان يكون
 كل الدراهم في يدها قوله وكلمة من ههنا صلة للتبعيض فكل موضع يصح الكلام بدونه يكون للتبعيض كما في مسألة الجامع ان كان في يدي
 من الدراهم فبعت حروفي كل موضع يتخلل الكلام بدونه كما في مسألة الخلع يكون صلة لان قولها خالعتني على ما في يدي دراهم بدون من يكون
 مختلا لان الموضوع للتمييز فحذف من هنا يتخلل بالمقصود بخلاف مسألة الجامع فان الكلام فيها لا يتخلل بدونه فاذا ذكر يجعل للتبعيض لتحصل فائدة جديدة

قوله فان اختلعت على عبد لها آبق على انهار بئمة من ضمانه اي على انه ان وجد العبد تسلم اليه وان لم يوجد فلا شيء عليها لم تبرأ قوله وله ان كلمة على للشرط اي تستعمل للشرط لان اصلها اللزوم فاستعير للشرط لانه يلزم الجزاء فصارت طالبة للثالث بالف بكلمة هي للشرط فصار الطلقات الثلث شرطا لوجوب الالف فصار كأنها قالت ان طلقني ثلثا فلك الالف * ولا يقال كلمة على دخلت على الالف فكيف يكون الطلاق شرطا * قلنا صار كل واحد من الطلاق والمال شرطا لصاحبه فصار دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق بحكم الاتحاد * وذكر في المبسوط وابو حنيفة رحمه الله يقول حرف على للشرط حقيقة لانه حرف التزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معنى الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز واذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزاء فجزاء وانما شرطت لوجوب المال عليها ايقاع الثلث فاذا لم يقع لا يجب شيء * وبه فارق بين البيع والاجارة لان معنى الشرط هناك تعذر اعتباره فانه لا يجتمعت التعليق بالشرط فلذلك جعلنا حرف على فيها بمعنى الباء * وقوله في الهداية وله ان كلمة على للشرط يحتمل انه اراد به ما ذكر في المبسوط من قول ابي حنيفة رحمه الله ان حرف على للشرط حقيقة ويحتمل ان يريد ان كلمة على في هذا الموضع للشرط لان كلمة على للاستعلاء وضعا يقول زيد على السطح فان تعذر حمل على الالتزام يقول عليه دين فان تعذر حمل على الشرط لمناسبة بين الشرط والالتزام ومعنى الالتزام لها بمنزلة الحقيقة لان استعمالها بمعنى الالتزام شائع مستفيض وفي الشرط معنى الالتزام فيصير كانه للشرط حقيقة ولهذا قال كلمة على للشرط قوله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخل الدار يفيد ان الدخول شرط فكنا على الف والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط فلا حاجة الى العدول عن الحقيقة بخلاف البيع والاجارة فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فيتعذر اعتبار الحقيقة فليستعار بمعنى الباء * فان قيل يشكل هذا بما اذا نالت المرأة لزوجها طلقني وفلانة على الف درهم فطلقها وحدها فكان عليها حصتها من المال بمنزلة مالها التمسست بحرف الباء * قلنا انما حملت هناك على معنى الباء لانه لا غرض لها في طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها ولها في اشتراط ايقاع الثلث غرض صحيح قوله فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط حتى اذا قال انت طالق شئت ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فدخلت احدهما لا تطلق ولو كان متوزعا على اجزاء الشرط لوقعت تطليقة واحدة بمقابلة دخول دار واحدة وهذا لان الشرط علامة وقد جعل الكل علامة فلا يوجد المشروط حتى يوجد الكل ولان العوض يجب بالمعوض فينقسم عليه ولا يجب المشروط بالشرط قوله ولو قال انت طالق على التي فقبلت طلقت وهو كقوله انت طالق بالف اي في اشتراط القبول قوله ولا بد من القبول في الوجهين اي فيما اذا قال انت طالق بالف وفيما اذا قال انت طالق على الف * وفي الجامع الصغير التمرشاشي قال لامرأته انت طالق بالف او على التي او على ان تعطيني الف او خلعتك على الف او بارائك او طلقتك بالف يقع بالقبول في المجلس وهذا يبين من جهة الزوج فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهة المرأة مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس ولا يتوقف على البلوغ الى الزوج لانه تكميل المال من جهة قوله والطلاق بائن لما قلنا اشارة الى قوله لانها لا تسلم المال الا ليسلم لها نفسها

باب الخلع
 (فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريقة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت) لانه عقد المعاوضة فيقتضى سلامة العوض واشترط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشرط الفاسد وعلى هذا النكاح (واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعراض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال (وان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة ويملك الرجعة وقالوا هي واحدة بائنة بثلث الالف) لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخل الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلزم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للمعوض على ما امر واذا لم يجب المال كان مندئا فوقع الطلاق ويملك الرجعة (ولو قال الزوج طلقني نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء) لان الزوج ما رضى بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى (ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف) ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعض الف يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا (ولو قال لامرأته انت طالق عليك الف فقبلت او قال لعبدك انت حر عليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة) وكذا اذا لم يقيلا (وقال على كل واحد منهما الالف اذا قبل) واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعناق * لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم * وله انه جملة تامة فلا ترتبط بها قبل الا بدلالة

اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق
ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه
(ولو قال انت طالق على الفى على انى بالخيار او على انك
بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالحيار باطل اذا كان للزوج وهو
جائز اذا كان للمرأة فان ردت الحيار فى الثلث بطل وان لم
ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابى حنيفة) رحمه الله
(وقالا الحيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع
وعليها الف درهم) لان الحيار للفسخ بعد الانعقاد للمنع من
الانعقاد والتصرفان لا يمتلان الفسخ من الجانبين لانه فى جانبه
يمين ومن جانبها شرطها * ولا بى حنيفة رحمه الله عليه ان الخلع فى
جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء
المجلس فيصح اشتراط الحيار فيه اما فى جانبه يمين حتى لا يصح
رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس والاختيار فى الايمان
وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق (ومن قال
لامرأته طلقك امس على الف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت
فالقول قول الزوج ومن قال لغيبه بعث منك هذا العبد
بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول
المشترى) ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه
فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم
الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول
رجوع منه قال (والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق
لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح
عند ابى حنيفة) وقال محمد لا يسقط فيهما الاما سميها *
وابويوسف معه فى الخلع ومع ابى حنيفة فى المباراة * لمحمد
ان هذه معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط لا غير *
ولا بى يوسف ان المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيا من
الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما
الخلع فيقتضاه الانتلاع وقد حصل فى نفس النكاح ولا ضرورة
الى انقطاع الاحكام * ولا بى حنيفة ان الخلع ينبى عن الفصل
ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما
فى النكاح واحكامه وحقوقه قال (ومن خلع ابنته وهى صغيرة
بمالها لم يجز عليها) لانه لا نظر لما فيه اذ البضع فى حالة الخروج
غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند
الدخول ولهذا يعتبر خلع امر يرضه من الثلث ونكاح المريض به
المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها

ابى حنيفة رحمه الله فى المباراة واما نفقة العدة فان شرطت فى الخلع والمباراة يسقط اجباعا والا لا يسقط اجباعا واما نفقة الولد وهى مؤنق الرضاع فلا يقع
البراءة عنها ان لم يشترط ذلك فى الخلع والمباراة اجباعا وان شرطت ان وقت لذلك وقت كسنة ونحوها جاز وان لم يوقت لم يجز ولم يقع البراءة عنها

قوله ثم يقع الطلاق الا اذا قبلت الصغيرة لان الاب اذا لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعا مع البنت كانه خاطب البنت بذلك فيتوقف على قبولها والاول اصح
 رواية لا يقع الطلاق الا اذا قبلت الصغيرة لان الاب اذا لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعا مع البنت كانه خاطب البنت بذلك فيتوقف على قبولها والاول اصح
 اصح قوله وان خلعها على الف وهى صغيرة على ان الاب ضامن للالف فالخلع واقع والالف عليه ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق مالا على الصغيرة فلا يكون كفالة ولكن المورد هنا بالضمان التزام المال ابتداء لوجه الكفالة وان لم يكن الضمان شرطا في الخلع وكان معطونا لم يصح الخلع والضمان ولم تطلق قوله لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح فعلى الاب اولى وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولله الصغير يبيعا وبشراء واجارة وابضاعا وايداعا ولا ولاية للاجنبى عليه * وانما جاز اشتراط بدل الخلع على الاجنبى ولم يجز اشتراط بدل العتق لان الاجنبى بمنزلة المرأة في الخلع من حيث ان المال يجب على المرأة في الخلع من غير ان يسلم لها شئ لان الطلاق ازالة للملك المتعة واسقاط لعقد النكاح لان ملك النكاح ضرورى يظهر في حق الاسقاط فنسب فلم يحصل لها في الطلاق شئ * ليصير اثباتا فنزل الاجنبى في تحمل ذلك المال منزلتها حيث لا يسلم لكل شئ * وما في العتق فالمال شرع على العبد بادا * ما سلم له من القوة اذ هو عبارة عنها يقال عتق الطير اذا قوى وعتقت البكر اذا قربت وادركت فصار الاعتاق اثباتا للقوة الشرعية بعد ما كانت معدومة والقوة معنى يثبت فيه فلا يجوز ان يكون هو حاصله للعبد ثابتا فيه وعوضه مستحق على غيره فصار كالبيع فلا ينزل الاجنبى منزلته في ذلك ولهذا لزمته قيمته في العتق على الخمر واعتاق احد الشريكين واعتاق الراهن المستعير * ولا يقال بانه حصل لها الخلاص عن قيد النكاح وهو نوع قوة فكان الاعتاق لان الطلاق لرفع النكاح والنكاح يوجب قيدها ولا يسلب المالكية والاعتاق لازالة الرق وهو ثابت في المدخل على الكمال وسلطان المالكية ساقط به فصار الاعتاق اثباتا للقوة بعد العدم والطلاق ازالة للقيد لتعمل القوة عملها فصح انه اسقاط والاعتاق اثبات قوله ان كانت من اهل القبول بان كانت تعقل العقد وتعتبر عن نفسها قوله وكذا ان خالعا على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان لم يقبل وقبل الاب عنها هل يقع الطلاق فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الذى طلقت لوجود قبوله وهو الشرط * ثم قيل وتأبل المسئلة ان خالعا على مال مثل مهرها اما لو خالعا على الصداق لم يجز الخلع اصلا لانه مال مملوك وليس للاب ولاية ابطال ملكها بادا * ما ليس بمتقوم ولا معتبر بضمانه في ذلك والاصح ان الخلع على مهرها وعلى مال مثل مهرها سواء لانه وان سمي المهر في الخلع فانما يتناول العقد مثله وضمان الاب اياه صحيح فبعد ذلك ينظر ان كان المهر الذى لزمه الالف قياسا ان كان قبل الدخول * وفي الاستحسان لزمه خمسمائة ولها على الزوج خمسمائة واصلها ان المرأة الكبيرة اذا تزوجت بالفقير ثم اختلعت بالفقير قبل الوطى * ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لاشئ * عليها لان العادة جرت بين الناس انهم يريدون به ما يلزمه لها وبديل الخلع اذا اضيف الى اجنبى شرط قبوله وان اضيف الى المرأة اولى الغير لكن المرأة خاطبت اولم يرضى الى احد شرط قبولها لانها اولى اذ الملك يسقط عنها قوله وان قبل الاب عنها ففيه روايتان هذا القبول هو في معنى الشرط في رواية

كتاب الطلاق

(٩٢)

ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح
 لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط (وان خالعا على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب (وان شرط الالف عليها فتوقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لانها ليست من اهل الغرامة فان قبل الاب عنها ففيه روايتان (وكذا ان خالعا على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر) وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين (وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف * واصل في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لاشئ عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

باب الظهار

(واذا قال الرجل لامرأته انت على كظهر امي فقد حرمت عليها لا يحل له وطئها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نساءهم الى ان قال فتحريم رقية من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جنابة لكونه منكرا من القول وزورا

(فتناس)

يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب قبول الهبة وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وهذا لا يجتمع النيابة وهذا اصح **باب الظهار** هو في الشرع عبارة عن تشبيه المنكوحه بامرأة محرمة على التأييد * وركبه انت على كظهر امي * وشرطه ان يكون المشبه منكوحه حتى لا يصح الظهار من امته * واهله من هو اهل للكفارة حتى لا يصح ظهار الذمي والصبي * ومكبه حرمة الوطى الى غاية الكفارة مع بقاء اصل الملك كما في حال الحيض * والاصل فيه قوله تعالى والذين يظاهرون من نساءهم الى ان قال فتحريم رقية من قبل ان يتماسا نزلت الآية في خولة امرأة اوس بن الصامت رآها وهي تملى وكانت حسنة الجسم فلما سلمت راودها فابت بغضب فظاهر منها فانت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان اوسا تزوجني وانا شابة مرغوبة في فلما خلاسنى ونثرت بطنى جعلنى عليه كامه * وروى انها قالت له ان لى صبية صغار ان ضمتهم اليه ضاعوا وان ضمتهم الى جاعوا فقال عليه السلام ما عندى في امرك شئ * وروى انه قال لها حرمت عليك فنهتفت وشكيت الى الله تعالى فنزلت قوله والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله وهو التحريم ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح

فيناسب المجازة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة * ثم الوطئ
 اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض
 والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى يفضى الى
 المخرج ولا كذلك الطهار والاحرام (فان وطئها قبل ان
 يكفر استغفر الله تعالى ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى
 ولا يعود حتى يكفر) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع
 في طهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو
 كان شئ آخر واجبا لنبه عليه قال (وهذا
 اللفظ لا يكون الا ظاهرا) لانه صريح فيه (ولو نوى به
 الطلاق لا يصح) لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به
 (واذا قال انت على كبطن امي او كفخذها او ككفرجها
 فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالحرمة
 وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه (وكذا اذا
 شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأييد من محارمه مثل
 اخته او عمته او امه من الرضاعة) لان من في التحريم المؤبد
 كلام (وكذلك اذا قال رأسك على كظهر امي او فركك
 او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك او بدنك) لانه يعبر بها
 عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه
 في الطلاق (ولو قال انت على مثل امي او كامي يرجع الى
 نيته) لينكشف حكمه (فان قال اردت الكرامة فهو كما قال)
 لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام (وان قال اردت
 الظهار فهو ظهار) لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو
 لكنه ليس بصريح فينتقر الى النية (وان قال اردت الطلاق
 فهو طلاق بائن) لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت
 على حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشئ
 عند ابن حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة *
 وقال محمد يكون ظهرا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهرا
 فالتشبيه بجميعها اولى وان عني به التحريم لا غير فعند
 ابى يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين *
 وعند محمد ظهار لان كافي التشبيه تختص به (ولو قال انت على
 حرام كامي ونوى ظهرا او طلاقا فهو على ما نوى)
 لانه بمنزلة الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم
 والتشبيه تأكيده وان لم تكن له نية فعلى قول ابى يوسف ايلاء وعلى
 قول محمد ظهار والوجهان بينهما (وان قال انت حرام كظهر
 امي ونوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهرا عند ابى حنيفة
 وقالا هو على ما نوى) لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما
 بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهرا

قوله فيناسب المجازة عليها بالحرمة لان تحريم الحلال يصلح
 جزاء للجنابة قال الله تعالى يظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات
 احلت لهم ويناسب ان تكون الكفارة رافعة للحرمة لانها
 حسنة قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات * ثم الوطئ
 اذا حرم حرم بدواعيه وقال الشافعي رحمه الله لا يحرم
 الدواعى لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان
 يتماسا والتماس في القرآن كناية عن الجماع الا انا نقول
 التماس حقيقة للمس باليد فهو على الحقيقة حتى يقوم
 الدليل على المجاز قوله وهذا اللفظ وهو قوله انت
 على كظهر امي لا يكون الا ظهرا * قال ابويوسف رحمه الله
 وكذا لو قالت لزوجه انت على كظهر امي لانه تحريم يرتفع
 بالكفارة قوله وكذا ان شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على
 التأييد من محارمه بنسب او رضاع او مصاهرة ولو شبهها بظهر اجنبية
 لا يكون مظهرا لانها تحل له بالمقد ولو قال انت على كظهر
 فلانة وهي ام المولى بها او ابنة المولى بها لا يصير مظهرا
 لان بالزنا لا تثبت حرمة المصاهرة عند الشافعي رحمه الله
 فتكون حرمة غير قطعية فلا يمكن الحاقها بالنصوص
 اطلقه في الشافعي وفي الكفاية يكون مظهرا عند ابى يوسف
 رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله قوله ولو قال انت هلى
 مثل امي او كامي يرجع الى نيته الى قوله وان عني به التحريم
 لا غير فعند ابى يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت
 ادنى الحرمتين اذ الحرمة في اليمين للغير بخلاف الظهار حتى
 تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار ولان كفارة اليمين
 ادنى من كفارة الظهار وهذا آية التفاوت في الحرمة ولان
 حرمة الايلاء ترتفع بالحنث بدون اداء الكفارة وحرمة
 الظهار لا ترتفع الا بآداء الكفارة ولان سبب الحرمة في الظهار
 منكر من القول والحرمة الثابتة بالايلاء بسبب مشروع في
 الجملة لان اليمين مشروع في الجملة اذا كان السبب اقوى
 في الحرمة كان الحكم اقوى ضرورة قوله والوجهان
 بينهما وهو ما قال ابويوسف رحمه الله في قوله انت على
 مثل امي ونوى التحريم لا غير يكون ايلاء ليكون الثابت
 ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كافي التشبيه تختص به

قوله وعند أبي يوسف يكونان جميعا أي يقع الطلاق بنيةه ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في القضاء في صرف الظاهر ببنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال في امرأة أخرى وأياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيةه وعلى هذه البنية بالظهار ولكن هذا ضعيف فإن الطلاق ان وقع بقوله انت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بان والظهار بعد البينة لا يصح والظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت على حرام * قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين كذا في المبسوط * وذكر في الفوائد الظاهرية جواز يوسف عن هذا فقال جاز ان يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة **قوله** ولاي حنيفة رحمه الله انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره لان معنى قوله انت على كظهر امي انت على حرام كظهر امي فيكون الحرام تفسيرا للظهار والشئ لا يتغير بتفسيره كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** ثم هو محكم وهذا لان المحرمات انواع حرمة الايلاء وحرمة الطلاق وحرمة الظهار وقد ترجمت حرمة الظهار على ما عداها بالتشبيه بظهور الام فكان القول محكما في حرمة الظهار فيحصل المحتمل على المحكم بخلاف ما اذا قال انت على حرام كامي حيث تصح نية الطلاق لان الظهار مفسر بقوله انت على كظهر امي ولا يكون مفسرا في الظهار في الاول دون الثاني الا ترى انه لو صح نية الطلاق في قوله انت على كظهر امي يلزم رد حكم النص لان هذا القائل داخل تحت **قوله تعالى** والذين يظاهرون من نسائهم **قوله** ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة وهذا لان حرمة الظهار عرف بنص القرآن معلولا بقوله منكرا من القول وزورا باعتبار ان النكاح شرع لافادة حل الوطئ الذي هو سبب التوالد والتناسل فكانت الزوجية في اعلى درجات الحل بحيث لا يجوز تخلف الحل عنها فلما شبه التي في اعلى درجات الحل بمن هي في اعلى درجات الحرمة كان منكرا من القول وزورا والحل في الامة تابع ولا يكون مقصودا ولهذا جاز تخلف الحل عن ملك اليمين فلم يكن تشبيها بالام في كونه منكرا مثل تشبيه المنكوحة بالام فلم تلحق بالمنكوحة في حكم النص **قوله** والظهار ليس يحق من حقوقه وهذا لان الظهار مثبت للحرمة والنكاح مثبت للحل وبينهما تناف وكذا النكاح مشروع والظهار محرم فلا يصلح ان يكون غير المشروع من حقوق المشروع وتولبعه **قوله** بخلاف اعتناق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك وهذا لان حق الملك ما يتأخذ به الملك والملك يتأكد بالاعتناق لانه ينتهي به والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد ولهذا يشئ له الولاة **قوله** بخلاف الايلاء منه بان قال والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا واما اذا قرب الكل قبل مضى السنة تجب عليه كفارة واحدة لان ذكر الله تعالى لم يتعدد لانه قال مرة واحدة والله لا اقربكن *

فصل في الكفارة

قوله قال وكفارة الظهار عتق رقبة اي اعتناقها فان العتق ينوب عن الكفارة الا ترى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدها **قوله** وتجزى في العتق الرقبة الكافرة عند بعض المشايخ رحمهم الله لا يجوز اعتناق المرتد عن الكفارة لانه بالردة صار حربيا ولهذا حل قتله وصرف الكفارة الى الحربى لا يجوز

قوله اذ هي عبارة عن الذات المرفوق المملوك من كل وجه * وقوله من كل وجه يتعلق بالمرفوق لان المدبر لا يجوز لنقصان رقه والمكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز لكمال رقه وان لم يكن مملوكا من كل وجه **قوله** ونحن نقول المنصوص عليه اي اعتناق الرقبة وقد تحقق * فان قيل امر بتحرير رقبة وهي نكرة فيخصص في الاثبات وقد اريدت بها المؤمنة فطلت الكافرة لان الكفر والايمان ضدان * قلنا جواز المؤمنة لانها رقبة لانها مؤمنة الا ترى اننا يجوز الصغيرة والكبيرة وبين صفتي الصغر والكبر تعاد

كتاب الطلاق (٩٤)

وعند أبي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولاي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم. ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكه (فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل) لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس يحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتناق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه انتن على كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا) لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانها الحرمة فتتعدد بتعدد ما بخلاف الايلاء منه لان الكفارة فيه لصيانة حرمة اسم الله ولم يتعدد ذكر الاسم

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 الميسس) وهذا في الاعتناق والصوم ظاهر للتصميم عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديما على الوطئ ليكون الوطئ حلالا قال (وتجزى في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذکر والاثنى والصغير والكبير) لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرفوق المملوك من كل وجه * والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عبدو الله تعالى كالزكوة * ونحن نقول المنصوص عليه اعتناق الرقبة وقد تحقق

(وقصد)

وقوله من كل وجه * وقوله من كل وجه يتعلق بالمرفوق لان المدبر لا يجوز لنقصان رقه والمكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز لكمال رقه وان لم يكن مملوكا من كل وجه **قوله** ونحن نقول المنصوص عليه اي اعتناق الرقبة وقد تحقق * فان قيل امر بتحرير رقبة وهي نكرة فيخصص في الاثبات وقد اريدت بها المؤمنة فطلت الكافرة لان الكفر والايمان ضدان * قلنا جواز المؤمنة لانها رقبة لانها مؤمنة الا ترى اننا يجوز الصغيرة والكبيرة وبين صفتي الصغر والكبر تعاد

فصل في الكفارة (٩٥) كتاب الطلاق

وقصد من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارفته المعصية بحال به الى سوء اختياره (ولا تجزى العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين) لان الفأنت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشى وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى تجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واهدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل امتلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشى اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفأنت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيغ عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاحرس لا يجزيه (ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين) لان قوة البطش بهما بفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل) لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع (والذي يمن ويفيق يجزيه) لان الاختلال غير مانع (ولا يجزى عتق المدبر وام الولد) لاستحقاقهما الحرية فجهة فكان الرق فيها نافعا (وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال) لان اعتاقه يكون ببذل * وعن ابي حنيفة انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف اموية الولد والتدبير لانهما لا يمتلان الانفساخ (فان اعتق مكاتب لم يؤد شيئا جاز) خلافا للشافعي له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر * ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لاتنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا يفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله

قولہ وقصد من الاعتاق تمكينه من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله فلا يجوز صرفها الى عدوه * قلنا قصد المكفر ان يتمكن من الطاعات نحو الزكوة والحج والجهاد والقضاء والشهادة ثم مقارنة العبد المعصية تضاف الى سوء اختيار العبد فلا يخل ذلك بمقصود المكفر * فان قيل قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون نهى ان يطلب التقرب بالخبيث ولا غيبت اشد من الكفر * قلنا الكفر حيث من حيث الاعتقاد والبصروف الى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال وقوله حتى تجوز العوراء وقال الشافعي لا تجوز لانها ناقصة نقصانا لا يرجي زواله فكانت كالعمياء * والاصل عنده ان كل عيب لا يرجي زواله يكون فاحشا يمع جواز التكفير به وكل عيب يرجي زواله يكون يسيرا لا يمنع جواز التكفير به كالحصى والشحمة ويجزى الحصى ومقطوع الاذنين ومقطوع المذاكير عندنا خلافا لزر فر رحمه الله هو يقول فات جنس المنفعة ولوذا يجب كمال الدية * قلنا بعد الاذنين الشاخصتين السمع باق وانما يفوت ما هو زينة وجمال فلا تصير الرقبة مستهلكة كفوت شعر الحاجبين واللحية وفي الحصى ومقطوع المذاكير انما تفوت منفعة النسل وهي زائدة على ما يطلب من المملوك قوله والذي يمن ويفيق يجزيه يريد به اذا اعتقه في حال افاقته وروى ابراهيم عن محمد اذا اعتق عبدا حلال الدم قد قضى بتمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز كذا في المحيط قوله ولا يجزى عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المبروقفة عرفا وقد دل على الرق قوله تعالى فتحرير رقبة فيقتضى قيام الرق مطلقا وبالاستيلاء يتمكن النقصان في الرق حتى لا يعود الى الحالة الاولى بحال ولان قوله تعالى فتحرير رقبة يقتضى انشاء العتق من كل وجه واعتاق ام الولد تعجيل لما صار مستحقا لها فلا يكون انشاء من كل وجه هكذا في المبسوط وانما صار العتق ناقصا بنقصان الرق لان العتق ضد الرق لاضد الملك لان الملك ثابت في الثياب ولا يثبت العتق فيها والاعتاق ازالة الرق واثبت القوة فكماله بكمال الرق او الضعف الحكمي * فان قيل الاعتاق ازالة الملك عند ابي حنيفة رحمه الله والملك فيها كامل فنقصان الرق لا يمنع كمال الاعتاق * قلنا هذه الرواية ممنوعة وبعد التسليم الاعتاق ازالة الملك المستلزمة لزوال الرق وانما كان اعتاقا لزوال الرق لا لزوال الملك بدليل انه لا يتصور الاعتاق بدون رق المحلل ولو كان الاعتاق ازالة الملك لوجب ان يضح في مملوك لارق فيه قوله فاشبه المدبر اى على منه بكم فعند الشافعي رحمه الله تعالى بيع المدبر جائز فكيف لا يجوز اعتاقه عن الكفارة فكان هذا منه استدلالا بديننا احتجاجا علينا قوله ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا وهو قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ولا يتمكن النقصان في رقه ولا يصير العتق مستحقا له بسبب الكتابة لان حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الاداء ولو علق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل اولى لان التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لا يمنع ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكما ان ثبوت الحرية من كل وجه لا يمتثل الفسخ فكذا ثبوتها من وجه لان حق العتق لا يمتثل الفسخ كحقيقته كالتدبير والاستيلاء بخلاف المكاتب الذي ادى بعض البذل لانه تحرير بعوض وبه لا تنادى الكفارة لانها عبادة فلا بد ان يكون خالصا لله تعالى ومتى كان بعوض لم تكن خالصا لانه يكون تجارة قوله والكتابة

لاتنافيه اى لاتنافى الرق لان موجب الكتابة فك الحجر في حق المكاتب وهذا لا يتمكن نقصانا في رقه كالاذن في التجارة وانما لم يستبد المولى بالفسخ لانه فك بعوض فيكون لازما والمكاتب غير الرقبة والتصرف فيها لازما او غير لازم لا يمكن نقصانا في الرق والملك كالاجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه ويلزمه العقر والارش لان ذا يرجع الى المكاتب والمنافع وهى مستحقة له فاذا لم يكن نقصانا في الرق لا يمنع من التحرير للتكفير لانه ازالة الرق ولئن كان مانعا منه يفسخ ضمنا للاعتاق لانه قابل للفسخ برضى المكاتب وقد وجد الرضا هنا دلالة لانه لما رضى حصول العتق ببذل لان يرضى بحصوله بلا بديل اولى

قوله الا انه يسلم له الاكساب جواب سؤال بان يقال لو انفسخت الكتابة لما سلمت له الاكساب والاولاد لان سلامتها موجب حصول العتق بجهة
الكتابة قلنا انها سلم له الاكساب والاولاد لانه عتق وهو مكاتب لالانه عتق بجهة الكتابة كما لو كانت ام ولده ثم مات المولى عتقت عبده
الاستيلاء ويسلم لها الاكساب والاولاد * وهذا لان العتق في المكاتب واحد والاعتناق من المولى يختلف جهاته وفيما يرجع الى حق المكاتب
جعل هذا ذلك العتق لكونه متعدا وفي حق المولى
يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمراة اذا
وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول
لا يرجع عليها بشيء وتجعل مهنتها في حق الزوج تحصيلها
لقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تملكا بجهة مبتدأة
كذا في البسوط او نقول الفسخ ضروري والثابت ضرورة
يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لافي
حق الاولاد والاكساب لانه لا دلالة على الرضا فيهما * فان
قيل الملك انتقض بالكتاب حتى لا يدخل تحت المملوك
المطلق قلنا الملك غير منصوص عليه وانما شرط الملك
ضرورة ان العتق لا ينفذ الا فيه فشرط بقدر ما يتأدى به
الضرورة وهو ملك الرقبة لا المنفعة * وهذا لان الاعتناق
لازالة الرق ومملك الرقبة فكما لهما وبهما كاملان لما
مر وانما خرج عن ملك اليد والاعتناق لا يتصل به قوله
فان اعتق نصف عبد مشترك الى قوله بخلاف ما اذا كان
معسرا حيث لا يجوز بالاتفاق وكان ينبغي ان يجوز عندهما
لان الاعتناق لا يتجزى عندهما فيكون حرا مديونا لكن
لما وجب عليه السعاية في نصيب شريكه كان اعتاقا بعوض
فلا يجوز عن الكفارة ولا يجب عليه شيء اذا كان المعتق
موسرا وقد عتق الكل لان الاعتناق لا يتجزى عندهما * ولا ي
حنيفة رحمه الله ان الاعتناق يتجزى فانما عتق نصيبه في
الابتداء ونصف الرقبة ليس بريقة وقد تمكن النقصان في
النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان وقع
في ملك شريكه وليس من الاداء اذ لا اداء قبل الملك والضمآن
صار ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير وصار كانه
اعتق عبدا الا شيئا منه * فان قيل المضمونات تملك عند
اداء الضمان مستندا الى وقت وجود السبب فصار نصيب
الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتناق فكان النقصان في
ملكه لا في ملك شريكه * قلنا الملك في المضمون يثبت
بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيره
فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة
غيرهما فلم يجز قوله فكفارته صوم شهرين متتابعين
فان صام شهرين بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين
يوما وان صام بغير الاهلة ثم انظر لتمام تسعة وخمسين
يوما فعليه الاستيناف قوله ليس فيهما شهر رمضان
ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق وينقطع
التتابع بتخلل هذه الايام قوله ليلا عامدا ليس بقيد
لان العمد والنسيان في الليل سواء وقد نص عليه في شرح
الطحاوي فقال ولو جامعها بالليل ناسيا او عامدا وقوله
اونهارا ناسيا احتراز عن العمد فانه اذا جامعها بالنهار عامدا
فسد صومه وانقطع التتابع فيجب عليه الاستيناف بالاتفاق
لاقطاع التتابع * وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف لانه
لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط قوله
ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان
يكون خاليا عنه ضرورة بالنص يعني ان الواجب عليه
صوم شهرين متتابعين قبل التماس ومن ضرورة كونهما
قبله اخلاؤهما عنه فاذا وطئها فقد تعدت صومهما قبل التماس
ولم يتقرر اخلاؤهما عنه وبان سقط عنه احد الشرطين لعذر
لا يسقط عنه الآخر وقد امكن اعتباره * فان قيل الخلو عن
المسيس ثبت ضمنا لا شرطا القبلي وقد سقط اعتبارها في هذه المسئلة فسقط ما في ضمنها * قلنا لم يسقط اعتبارها في هذه المسئلة فان
الحكم لا يتبدل ببعضه العبد بل الكفارة بعد ما جامعها مشروطة بشرطها الا انه لا يؤخذ بفعل عجز عن اقامته كما لا تؤخذ المرأة بالتتابع
ايام الحيض في صوم شهرين متتابعين لا بسقوط شرط التتابع بل لعجزها عن الاقامة مع قيام الخطاب حتى لزمها اقامة التتابع بسائر الوجوه

كتاب الطلاق

(٩٦)

فصل في الكفارة

الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المولى
بجهة الكتابة اولان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب
(وان اشترى اياه او ابنته ينوي بالشرء الكفارة جاز منها)
وقال الشافعي لا يجوز * وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة
تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى (فان اعتق نصف
عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي
حنيفة ويجوز عندهما) لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان
فصار معتق كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا
كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك
فيكون اعتاقا بعوض * ولا يحنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص
على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة
(فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز)
لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب
الاعتناق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اشبع شاة للاضحية
فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن
على ملك الشريك * وهذا على اصل ابي حنيفة * اما عندهما
الاعتناق لا يتجزى فاعتناق النصف اعتناق الكل فلا يكون اعتاقا
بكلامين (وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي
ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة)
لان الاعتناق يتجزى عنده وشرط الاعتناق ان يكون قبل
المسيس بالنص واعتناق النصف حصل بعده وعندهما اعتناق
النصف اعتناق الكل فحصل الكل قبل المسيس (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 والصوم
في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل
(فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا
اونهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد)
وقال ابو يوسف لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد
به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيها
ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه
ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون

(خاليا)

التي تقدر عليها * ولما كان شرط القبلة قائما بقي ما في ضمنه من الخلو والسقوط كان بالعجز تسقط ما عجز عنه دون ما قدر عليه كالمراة في اقامة شرط التتابع كذا في الاسرار * وذكر في شرح الطحاوي ان المراة اذا صامت عن كفارة الانطار وكفارة القتل فحاضت في خلال ذلك فانها لا تستقبل الصيام ولكنها تصل ايام القضاء بعد الحيض لانها معذورة لا تجب صوم شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو نفست استقبلت ولو انطارت يوما بعد الحيض تستقبل ولو كانت تصوم عن كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك فانها تستقبل الصيام لانها تجد صوم ثلاثة ايام لا حيض فيها ولو صام شهرين متتابعين ثم قهر على الاعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق ويكون صومه تطوعا لا انه قهر على البذل قبل حصول المقصود بالبذل فانقض حكم البذل كالمتيتم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة والافضل ان يتم صوم هذا اليوم ولو لم يفته وانظر لاجب عليه القضاء عندنا * وقال زفر يجب عليه القضاء ولو قهر على الاعتاق بعد غروب الشمس في آخر اليوم جاز صومه عن كفارته قوله وان ظاهر العبد الى قوله فلا يصير مالكا بتملكه * فان قيل ينبغي ان يشترط في ضمنه اقتضاء * قلنا انما يصح ذلك ان لو كان تبعا والعتق اصل الاهلية فلا يشترط اقتضاء قوله او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز كتاب الطلاق (٩٧) فصل في الكفارة

خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف (وان افطر منها يوما بعذر او بغير عذر استأنف) لقوات التتابع وهو قادر عليه عادة (وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم) لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال (وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه) لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتملكه (واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعم ستين مسكينا (ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك) لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسئل بن زخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر * وقوله او قيمة ذلك مذهبا وقد ذكرناه في الزكوة (فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز) لحصول المقصود اذا الجنس متحد (وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجراه) لانه استقرض معنى والفقير قابض له اولاً ثم لنفسه فاتحق تملكه ثم تملكه (فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا) * وقال الشافعي لا يجزيه الا التملك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التملك ادفع للحاجة فلا تنوب منابه الاباحة * ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعام وفي الاباحة ذلك كما في التملك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للملك حقيقة (ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه) لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبر الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشعب وفي خبر الحنطة لا يشترط الادام

اكثر من الآخر او مثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد يبلغ نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع حنطة تبلغ صاعا من تمر او شعير لا يجوز * والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر كذا في المحيط * وهذا لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما اعتباره في غير المنصوص عليه * فان قيل يشكل على هذا ما لو كسا عشرة مساكين ثوبا واحدا في كفارة اليمين جاز عن الطعام اذا كان قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام * قلنا لا يراد علينا ذلك لان المنصوص عليه هناك في الكسوة والكسوة ما يحصل به الاكتساء وبعشر الثوب لا يحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المؤدى منصوصا عليه فيعتبر لمعنى فيه فكان هذا طرد الانقضاء لانا قلنا ان اعتبار معنى النص في غير موضع النص وهذا في غير موضعه لما قلنا فيجوز ولان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام فللمغايرة تجوز اقامة احدهما مقام الآخر والمقصود بامتاني الطعام واحد واعتبار عين المؤدى فيه اولى كذا في البسوط قوله لحصول المقصود اذا الجنس متحد اي من حيث الاطعام ورد الجوعة لان المقصود من البر والتبر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر * وانما عسل هنا باتحاد الجنس لانه اذا اختلف الجنس لا يجوز تكميل احدهما بالآخر حتى انه اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة ارضى من الطعام لم يجزه لان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا ترى ان الاباحة تجوز في احدهما دون الآخر ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا والمنصوص عليه ثلاثة انواع لا غير ذكره في ايمان البسوط واما اذا اعتق نصف رقبة وصام شهرا او اطعم ثلثين مسكينا لا يجوز لان نصف الرقبة ليس برقبة واحمال الاصل بالبذل غير ممكن فانها لا يجتمعان فكيف يتحقق اكمال احدهما بالآخر فان قيل يشكل على قوله اذا الجنس متحد اذا اعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما لا يجوز عن الكفارة مع ان الجنس متحد من حيث الاعتاق * قلنا انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بخلاف الاضحية فان الرجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن اضحيتها جاز لان الشركة لا تمنع الاضحية كما في البدنة قوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقرض معنى * وفي الكافي وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل جاز لانه صار مملوكا منه اقتضاء وقد وجد القبض المتمم للملك وهو قبض الفقير لانه يقبضه اولاً نيابة عن الامر ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تملكه منه كما لو امر صريحا بالقبض فيقبضه ثم امره بان يصره الى نفسه كفارة ولا يكون للمأمور ان يرجع على الامر في ظاهر الرواية لانه يحتمل القرض والهبة فلا يرجع بالشك * وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان الكفارة كانت ديننا عليه فاعتبرت بديون العباد وقوله في الكتاب لانه استقرض معنى وقع على قول ابي يوسف رحمه الله قوله فان غداهم وعشاهم الرواية بالولو وعشاهم لا بالوان احدهما لا يجزي * وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وفي بعض نسخ الهداية فان غداهم غدائين او عشاهم عشائين * وفي البسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما الغداء ان او عشا ان لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء * وفي المنجد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا غدا ستين مسكينا وعشا آخرين لا يجوز ذكره في النحيط قوله قليلا كان ما اكلوا او كثيرا اي بعد ما شعروا فالمعتبر فيه الشعب لا المقدار قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه الا التملك والاصل ان الاباحة تصح في الكفارات كفارة

الظهار والافطار واليمين وجزء الصدقات والصدقة الفطرية دون الصدقات
 ان ما شرع بلفظ الاطعام والطعام يجوز فيه الاباحة وما شرع بلفظ الايتاء والاداء يشترط فيه التملك * وقال الشافعي رحمه الله يشترط التملك
 في الكفارات ايضا اعتبارا بالكسوة فانه لو اعار ثيابا للمساكين فلبسوا بنية الكفارة لا يجوز والجامع انه احد انواع التكفير اعتبارا بالصدقات وهذا
 لان الاطعام ينكر للتملك عرفا يقول الرجل لغيره اطعمتك هذا الطعام ان ملكتلكه والغرض دفع حاجة الفقير والتملك ادفع حاجته واغناؤه وهذا
 يحصل بالتملك دون التمكن * ولنا ان المنصوص عليه الطعام وحقيقته ذلك في التمكن من الطعام اذ الاطعام فعل متعد لازمه طعم اى اكل
 فالاطعام جعله آكلا كسائر افعال تعدت بالهبة فاذا لم يكن
 مطاوعة ملكا لم يكن متعدبه تملكنا * فمن شرط التملك فقد زاد
 على النص * فان قيل الاطعام لا يتخلو اما ان يكون حقيقة
 للتملك والاباحة او يكون حقيقة لاحدهما مجازا للآخر
 او يكون مجازا لهما واياما كان لا تكون الاباحة مرادة لثلا
 يلزم تعميم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز اذ التملك
 مراد اجماعا * قلنا انما جاز التملك عندنا بدلالة النص
 والعمل بدلالة النص لا يمنع العمل بحقيقته الا ترى ان شتم
 الوالدين حرام بدلالة النص واصله قائم ووجه الدلالة ان
 الاباحة جزء من التملك تقديرا لان حواجج المساكين كثيرة
 والملك سبب لقضائها فصار التملك كقضاها كلها والاكل من
 هذه الحواجج فتناول النص جزءها فصحت تعديته الى كلها
 لاشتماله على المنصوص عليه وغيره فيكون عملا بالنص
 معنى بخلاف الكسوة فان النص ثمة تناول التملك لانه
 جعل الثوب هناك كفارة اذ الكسوة اسم للثوب فتوجب
 التكفير بعين الثوب وانما يكون كذلك بالتملك دون
 الاعارة لانها تصرف في المنفعة فكان النص ثمة واقعا على
 التملك الذي هو قضاء لكل الحواجج فلم تصح تعديته الى
 جزئها وهو الاباحة وبخلاف الصدقات فان الواجب ثمة
 الايتاء والاداء وهما ينشآن عن التملك * واما صدقة الحلق
 على الاذى فعند محمد رحمه الله يشترط فيها التملك لان
 المنصوص عليه الصدقة فينصرف الى التملك كصدقة الفطر
 وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز فيها الاباحة لانها كفارة
 فاعتبرت بسائر الكفارات قوله فان اعطى مسكينا
 واحدا ستين يوما اجزاه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
 قوله وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التملك من
 مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه *
 وذكر في المحيط وهو الصحيح لانه بعد ما استوفى وظيفته
 في هذا اليوم لا يحصل سدخلته تصرف وظيفه اخرى في هذا
 اليوم اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفى في حكم تلك
 الكفارة كالمعدوم وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه
 يختلف احوال الناس فيه فلا يمكن تعليق الحكم بعينه
 لسعتر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام فيه مقام تجدد الحاجة
 تيسيرا * وقد قيل يجزيه لان الحاجة بطريق التملك ليس
 لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز ذلك في يوم واحد كما
 يجوز في الايام بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان الواجب
 عليه تفريق الفعل بالنص فاذا جمع لا يجزيه الا عن واحد
 كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة كذا في المتوسط
 قوله ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لانها شرعت
 للتمييز بين الاجناس المختلفة اذ في الجنس الواحد لا يختلف
 الفرض فلا يحتاج الى التمييز والتصرف اذا اخطأ محله بلغو
 واذا لغت نيته عددا لاتحاد الجنس بقيت نية مطلق الظهار
 والمؤدى صلح كفارة واحدة لان نصف الصاع لبيان ادنى
 المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى

(وان اطعم مسكينا واحد استين يوما اجزاه وان اعطاه
 في يوم واحد لم يجز الا عن يومه) لان المقصود سدخلة
 المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني
 كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التملك
 من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه
 وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التملك تتجدد في يوم واحد
 بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص
 (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 الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع اعنى 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 اجزاه عنهما) له ان بالمؤدى
 وفاء بهما والمصرف الى محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف
 السبب او فرق في الدفع * ولهما ان النية في الجنس الواحد
 لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية فالمؤدى 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 ينوى
 عن احدهما 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 وان اعتق عن
 ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر لا يجزيه
 عن احدهما في الفصلين * وقال الشافعي له ان يجعل عن احدهما
 في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد
 وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له
 ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده *
 (ولنا)

اصل الكفارة بخلاف ما اذا كانتا جنسين لان نية التعيين معتبرة فاستقام وقوعه عنهما وبخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في البرة الثانية
 كمسكين آخر فاما اذا لم يفرق فقد زاد في الوظيفة فنقص عن المحل فلا يجزيه الا بقدر المحل كما لو اعطى ثلثين مسكينا في كفارة
 واحدة كل مسكين صاعا * وبيان ذلك ان الواجب عليه في كل كفارة اطعام ستين مسكينا فعمل اطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينا
 وقد نقص عن المحل وزاد في الواجب لان الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد ادى صاعا

قوله ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو اراد به تعميم الجنس بالنية الا ترى انه اذا سئلتين ظاهرا احديهما للتكفير مع ويطلب ظاهرها حتى جازله قربانها كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** وفي الجنس المختلف كما اذا عتقت عن كفارتى ظاهرا وقيل لا يجوز بعينه عن احدها بعد ذلك **قوله** فنظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين * فان قيل اذا نوى ظهورين من يومين فانه لا يجوز عن واحد وان اتحد الجنس قلنا انما احتيج الى نية التعيين لكل يوم لان وقت الظهر من اليوم الثاني غير الاول حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب معلق بوقت مجعها بل علق بدلوك الشمس والدلوك في اليوم الثاني غير الدلوك في اليوم الاول وفي رمضان علق بالشهر وهو واحد فلا جرم يحتاج الى تعيين يوم السبت او الاحد حتى قالوا في قضاء يومين من رمضانين بشرط التعيين ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة جازة لم يكن شارعا في واحد منهما للثنائي وعدم الرجحان * ولو نوى ظهرا ونفلا لم يصح شارعا اصلا عند محمد رحمه الله لانها يتنافيان وعندنا يوسى رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة يقع عن الظهر لانه اقوى * ولو نوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع والواجب المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد في الكل لان النيتين بطلتا بالتعارض فبقى مطلق النية نصار نفلا * وعند ابي يوسى يقع عنه الاقوى لانه لما تعارضت النيتان وجب الترجيح بالاقوى وهو الفرض او الواجب * ولو نوى حج الاسلام والتطوع فهو حج الاسلام اتفاقا اما عندنا يوسى فظاهر واما عند محمد فلان النيتين بطلتا بالتعارض فبقى مطلق النية وباطلاق النية يتأدى فرض الحج *

باب اللعان

(٩٩)

كتاب الطلاق

باب اللعان

هو مصدر من لاعن يلاعن ملاءنة ولعانا واصل اللعان الطرد * وفي الشرع عبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الاربع واللعن والغضب سمي الكل لعانا لما شرع فيها من اللعن كالصلوة يسمى ركوعا وسجودا لذلك * وركنه الشهادات الصادرة منها * وشروطه قيام الزوجية * وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبى * واهله من كان اهلا للشهادة عندنا وعند الشافعي من كان اهلا لليمين * وحكمه حرمة الاستمتاع كما فرغا من اللعن ولكن لاتقع الفرقة بنفس اللعان عندنا حتى لو طلقها في هذه الحالة لطلاقا باثما يقع وكذا لو كذب الرجل نفسه حل له الوطى * من غير تجديد النكاح بمنزلة ما لو اسلم احد الزوجين يحرم الوطى * ولا تقع الفرقة قبل التفريق **قوله** اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة * ذكر في الاسرار والاهل من هو اهل لاداء سائر الشهادات * فان قيل يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الاعميين او الفاسقين * قلنا هما من اهل الشهادة ولهذا لو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز **قوله** والمرأة ممن يحد قاذفها شرط ذلك في جانبها لانها وان كانت من اهل الشهادة فربما كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت زنت وحدت وقيل اذا كان معها ولد ليس له اب معروف لا يجب اللعان وان كانت من اهل الشهادة **قوله** والاستثناء انما يكون من الجنس استثنى انفسهم من الشهداء فثبت ان الزوج شاهد لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وعند الشافعي ايمان مؤكدة بلفظ الشهادة **لقوله تعالى** فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقله بالله بحكم في اليمين والشهادة تحت اليمين فانه لو قال اشهد بان يميننا فصلنا المعتدل على المحكم **قوله** ثم قرن الركن في جانبه باللعان لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف يعنى انما قرن باللعان لقيامه مقام حد القذف في حقه في زعم المرأة اذ كل واحد من الحد والاستشهاد بالله كاذبا مع اللعان على نفسه سبب الهلاك وكذلك في حق المرأة بمنزلة

ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب فنظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التمييز

باب اللعان

قال (اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبتة بموجب القذف فعليه اللعان) والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقه لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم * والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالفضب وهو قائم مقام حد الزنا اذ اثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي من يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصائها ويجب بنى الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها مظاهرا

حد الزنا في زعم الرجل لانه مهلك في حقه لانها كاذبة في زعم الرجل في شهادتها **قوله** لانه قائم في حقه مقام حد القذف حتى لو قذف امرأته مرارا فعليه لعان واحد الحد في حق الاجنبيات * فان قيل يشكل على هذا ما لو قذف اربع نسوة في كلمة واحدة او كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة واما لو قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة فلو كان اللعان قائما مقام حد القذف في حقه لوجب عليه اللعان مرة * قلنا انما كان هكذا لان المقصود هناك يحصل باقامة حد واحد وهو دفع عار الزنا عنهن وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لانه يتعذر الجمع بينهن في كليات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فلها يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه حد واحد لهن لان موجب قذفه لهن الحد ههنا والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات كذا في البسوط * وانما خص الغضب في جانبها دون اللعان في المرة الخامسة لانهن يستعملن اللعان كثيرا على ماورد به الحديث انهن يكسرن اللعان ويكفرن العشير فسقطت حرمة اللعان عن اعينهن فعسى هن يجترين على الاقدام لكثرة تجرى اللعان على السنون وسقوط وقعته عن قلوبهن فانهم الغضب مقام اللعان في حقهن ليكون ردعا لهن عن الاقدام

ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفي اجنبى نسيه عن ابيه المعروف * وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاقد ملحق به فنفية عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر للمحقق به ويشترط طلبها لانه حقا فلا بد من طلبها كسائر الحقوق (فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه) لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحسب به حتى يأتى بما هو عليه او يكذب نفسه ليرفع السب (ولو لاعن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى (فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه) لانه حق مستحق عليها وهى قادرة على ايفائه فيحسب فيه (واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا فى قذف فقدفى امرأته فعليه الحد) لانه تعذر اللعان بمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه (وان كان من اهل الشهادة وهى امة او كافرة او محدودة فى قذف او كانت ممن لا يحسد قاذفها) بان كان صبية او مجنوننة او زانية (فلاحذ عليه وللعان) لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان فى جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته * والاصل فى ذلك قوله عليه السلام اربعة لاعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرّة تحت المملوك ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس من اهل (وصفة اللعان ان يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد اربع مرات يقول فى كل مرة اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ويشير اليها فى جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول فى كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتقول فى الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا) والاصل فيه ما تلوناه من النص * وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ياتى بلفظة المواجهة يقول فيما رمدتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال * وجه ما ذكر فى الكتاب ان لفظه المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال (واذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) وقال زفر تقع بتلاعنها لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث * ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبى عليه السلام

قوله ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء جواب سؤال يريد به لا يقال جاز ان لا يكون ابنة ولا تكون زانية بان وطئت بشبهة فيكون الولد من غيره حقيقة والمنافى صادق فى نفيه لان هذه الشبهة غير معتبرة لان عقاد الاجماع على انه لو نفاه اجنبى عن الاب المشهور بصير قاذفا مع وجود هذا الاحتمال * وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاقد ملحق به والبلحق به عارض والاصل عدمه فنفيه عن الفراش الصحيح قذف به حتى تبين به الملحق به قوله لانه حق مستحق عليه لانه اخبار يجرى مجرى الامر ولان المصير المقرون بحرف الفاء فى موضع الجزاء يراد به الامر كما فى قوله تعالى فتحرير رقبة قوله وهو قادر على ايفائه وهذا قيد لانه لا يحسب فى ايفاء الحق المستحق اذا لم يقدر على الايفاء كما فى المفلس قوله واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان اسلمت امرأته فقدنها قبل ان يعرض عليه الاسلام قوله وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد جواب سؤال بان يقال ينبغي ان يجب حد القذف عليه لان اللعان خلف عنه فاذا امتنع اللعان يصار الى المرجح الاصلى * قلنا امتناع اللعان بمعنى من جهتها واهلية اللعان موجودة فى حقه اذ هو من جملة من شرع اللعان فى حقه فلا يجب عليه الحد قوله ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد لان قذفه باعتبار حاله غير موجب لللعان فيكون موجبا للحد ولا يجوز ان يقال امتناع جريان اللعان لكونها محدودة لان اصل القذف من الرجل فانما يظهر حكم المانع فى حقا بعد قيام الاهلية فى جانبه فاما بدون الاهلية فى جانبه فلا يعتبر بجانبها قوله دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبى عليه السلام لما لاعن بين عويمر وبين امرأته قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هى طالق ثلاثا

كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي
 طالق ثلثا قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة
 عند ابي حنيفة ومحمد) لان فعل القاضى انتسب اليه كما
 في العنين (وهو خاطب اذا اكذب نفسه) عندهما * وقال
 ابو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان
 لا يجتمعان ابدانص على التأييد * ولهما ان الاكذاب رجوع
 والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ماداما
 متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان
 (ولو كان القذف بولد نفي القاضى نسبه والحقه
 بامه) وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد
 بالله اني لمن الصادقين فيما رميته به من نفي الولد وكذا
 في جانب المرأة (ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في
 اللعان الامرين ثم ينفي القاضى نسب الولد ويلحقه
 بامه) لما روى ان النبي عليه السلام نفي ولد امرأة هلال
 ابن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان
 نفي الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق *
 وعن ابي يوسف ان القاضى يفرق ويقول قد الزمته امه
 واخرجه من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره
 (فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضى) لاقراره
 بوجوب الحد عليه (وحل له ان يتزوجها) وهذا عندهما
 لانهما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم
 (وكذلك ان قذف غيرها فحد به) لما بينا (وكذا اذا زنت
 فحدث) لانقاء اهلية اللعان من جانبها (واذا قذف امرأته
 وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما) لانه لا يجد فاذنها
 لو كان اجنبيا فكذا لا يلعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا اذا
 كان الزوج صغيرا او مجنونا) لعدم اهلية الشهادة (وقذف
 الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه يتعلق بالصريح كحد
 القذف * وفيه خلاف الشافعي وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة
 والحدود تندرى بها (واذا قال الزوج ليس حملك مني
 فلا لعان بينهما) وهذا قول ابي حنيفة وزفر لانه
 لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر فاذفا * وقال ابو يوسف ومحمد
 رحمهما الله تعالى اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لافل
 من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تبقتنا بقيام الحمل
 عنده فيحقق القذف * فلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير
 كالملق بالشرط فيصير

قوله كذبت عليها جزء مقدم على الشرط وهو قوله ان امسكتها
 وقوله هي طالق كلام مستأنف قاله بعد اللعان يريد انه وقع
 الثلث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه
 وسلم ولو لم يكن النكاح قائما بعد اللعان لانكر على
 اعتقاده قيام النكاح بعد اللعان ولما حل له ان لا يرد عليه *
 فان قيل قد انكر فانه روى انه قال لا سبيل لك عليها * قلنا
 هذا لا يدل على الرد فان عندنا لا سبيل له عليها مع قيام النكاح
 لاجل حرمة الاستمتاع كما اذا اسلم احد الزوجين فالنكاح
 قائم ولا سبيل له عليها * وروى ان ذلك الملعان كان يطالها
 بباساق اليها من النهر فقال له النبي عليه السلام اذهب فلا
 سبيل لك عليها ويدل على قيام النكاح ايضا بعد اللعان انه
 عليه السلام لاعن بين هلال وامرأته فلما فرغا فرق بينهما
 يدل على قيام النكاح بعد فراغهما من اللعان اذ التفريق بعد قيام
 الوصلة * فان قيل اريد به اظهار الفرقة بينهما * قلنا محقيقته
 لاحداث الفرقة لا لظهارها قوله وهو خاطب اذا اكذب
 نفسه هذه مسئلة مبتدأة اي هذا الرجل اذا اكذب نفسه في
 القذف صار خاطبا من الخطبة اي يجوز له ان يتزوجها كما
 لغيره يجوز ان يتزوجها * وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد
 لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدانص على التأييد
 فيجوز النكاح مخالف للنص * ولهما ان اللعان شهادة
 والاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها فلم يبق
 متلاعنا والداخل تحت النص المتلاعن ولا يجتمعان ماداما
 متلاعنين كما اذا حلف لا يكلم هذا الكافر ابدا اي مادام كافرا
 الا ترى ان المناق اذا اسلم تحمل الصلوة عليه وان زل في المناققين
 ولا تصل على احد منهم مات ابدا * فان قيل بعد الاكذاب يسمى
 متلاعنا فبقي داخل تحت النص * قلنا بعد الفراغ من اللعان
 لم يبق التلاعن حقيقة لان اذاحا تشاغلبها باللعان كالمقابلين
 وكذا مجازا لانه انما يسمى متلاعنا ما بقي اللعان بينهما حكما
 ولم يبق ذلك لانه اذا اكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره
 على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان
 اللعان والاصار جميعا بين الاصل والخلف وبين المحدثين قوله
 ويتضمنه القضاء بالتفريق اي القضاء بالتفريق يتضمن نفي
 الولد قوله وعن ابي يوسف ان القاضى يفرق ويقول
 قد الزمته امه واخرجه من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك
 لا يتنفي النسب عنه * وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة
 التفريق باللعان نفي النسب كما بعد موت الولد قوله
 لانه ينفك عنه اي عن القضاء بالتفريق الا ترى انه اذا نفى
 ولد ام الولد يثبت النفي ولا يثبت اللعان ولا التفريق * ولو
 قال لامرأة يا زانية ولها منه ولد يثبت اللعان ولا يلزم نفي
 الولد قوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به اي لانه
 يتزوجها لما بينا وهو قوله اذا حد لم يبق اهلا للعان قوله
 وكذا اذا زنت فحدث اي كان له ان يتزوجها هذا اذا تلاعنا
 بعد التزوج قبل الدخول ثم زنت لان حدما الجلد حينئذ
 لانه ليست بمنصنة قبل الدخول ولا يمكن تصوير التزوج
 اذا كان اللعان بينهما بعد الدخول ثم زنت لان حدما الرجم
 قوله وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان * وفيه خلاف
 الشافعي وعند الشافعي يجب الحد واللعان لان اشارة الاخرس
 كعبارة الناطق * ولكننا نقول لا بد من التصريح بلفظ
 الزنا ليكون قذفا موجبا للحد ولا يتأتى التصريح بالاشارة
 الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكناية ولانه
 لا بد من لفظ الشهادة في اللسان حتى ان الناطق
 لو قال احلف مكان قوله اشهد لا يكون صحيحا وكذلك ان كانت
 هي خرسا ولان قذف الخرساء لا يوجب الحد على الاجنبى
 لجواز ان تصدقه لو كانت تنطق ولا تقدر على اظهار هذا
 التصديق باشارتها واقامة الحد مع الشبهة لا يجوز هذا في
 البسوط قوله لانا تبقتنا بقيام الحمل عنده اي عند القذف

فكان هذا ونفسه بعد الولادة سواء فيتحقق القذف في
 صورتين ولذا يثبت حكم الارث والوصية اذا ولدت
 لاول من ستة اشهر **قوله** كانه قال ان كان بك حمل فليس
 منى ولو قال هذا لا يكون قذافا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط
 لانها متى لم تكن زانية قبل وجود الشرط لا تصير زانية
 بوجوده لان المعلق بالشرط لا يكون قاذفا في الحال ولا يمكن
 تحقيق القذف عند الشرط لعدم كلامه حقيقة عنده * ولا يقال
 هذا ليس بمعلق بل هو موقوف حتى يتبين في الثاني انه
 موجود عند النبي ام معدوم فاذا عرف وجوده تبين انه قذف
 مطلق لان فيه شبهة التعليق لان كل موقوف فيه شبهة التعليق
 اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته وهو كالشرط في حقنا وشبهة
 التعليق كحقيقة التعليق في الحدود وعند الشافعي تلحق
 قبل الوضع لانه قذفها حقيقة بنفي الولد * قلنا نفي الولد
 لا يكون بدونه ولا يعلم وجوده قبل الولادة فلعله رجع وانتفاخ
قوله ثم قد تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين *
 وفي الايضاح وعلى هذا الاصل قالوا في الغائب عن امرأته اذا
 ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم ان له النبي عند أبي حنيفة
 في مقدار ما تقبل فيه التهنئة * وقالوا في مقدار مدة النفاس
 بعد القدم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حالة
 القدم كحالة الولادة **قوله** والاقرار بالعفة سابق على
 القذف هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان يجب
 عليه الحد لانه اكد بنفسه بعد القذف لان الاقرار الاول
 بشيئ النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد
 القذف بائتمام الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النبي يثبت
 الاكذاب ويجب الحد فكذا هنا * فاجاب عنه ان الاقرار بالعفة
 سابق على القذف حقيقة واما من حيث الحكم فالحاق *
 ثم ان كان يجب الحد باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار
 الحقيقة فلا يجب الحد اما للشك في وجوب الحد واما للمسعى
 في حد الحد عند الشبهة واما لترجيح جانب الحقيقة على الحكم
 لان الحقيقة حقيق بالعدل

باب العنين وغيره

هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس في
 العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا عرض لانه يعن بيينا
 وشبالا ولا يقصده * وقيل سمي العنين عنيانا لان ذكره
 يسترخى فيعن يميننا وشبالا ولا يقصد للمآتي من العرة
 فالعنين هو الذي لا يصل الى النساء مع قيام الآلة او وصل
 الى الثيب دون الابكار او الى بعض النساء دون البعض *
 وانما يكون ذلك لمرض به اولضعف في خلقته اولكبر سنه
 او سخر فهو عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود
 فيؤجله الحاكم سنة لان حقها مستحق بعقد النكاح وطئا في
 الجملة لافي كل زمان والعدم في الحال لا يدل على العدم في
 الثاني من الزمان لان ذلك قد يكون لمرض وذا لا يوجب الخيار
 وقد يكون خلقه وانما يتبين ذلك بالتأجيل سنة لان المرض
 غالبا قديكون لغلبة البرودة او الحرارة او اليبوسة او الرطوبة
 وفصول السنة مشتتة على الرطوبة والحرارة واليبوسة والبرودة
 فعسى يوافق فصل منها طبعه فيزول مابه من المرض
 باعتدال الطبع فتضى مضت السنون ولم يزل فالظاهر انه خلقه
 وان حقها المستحق فات فيفرق يطليها لانه حقها * وذكر
 الامام قاضيخان فاذا وجدت زوجها عنيانا ولم تخاصم زمانا
 لم يبطل وكذا لو رعت الامر الى القاضي واجله القاضي
 سنة فلم تخاصم زمانا بعد مضي الاجل لانها لا تقدر على
 الخصومة في كل وقت ولان اذا قديكون للتجربة والامتحان

كانه قال ان كان بك حمل فليس منى والقذف لا يصح تعليقه بالشرط
(وان قال لها زانيت وهذا الحمل من الزنا قتلنا) لوجود القذف
 حيث ذكر الزنا صريحا **(ولم ينفي القاضي الحمل)** وقال الشافعي
 ينفيه لانه عليه السلام نفي الولد عن هلال وقد قذفها حاملا
 ولنا ان الاحكام لا ترتب عليه الا بعد الولادة لتمكين الاحتمال
 قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحمل بطريق الوحي
(واذ انفى الرجل ولدا امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل
التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولا عن به وان نفاه بعد
ذلك لاعن ويثبت النسب هذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس) لان النبي يصح في مهلة
 قصيرة ولا يصح في مدة طويلة فصلنا بينهما بمدة النفاس
 لانه اثر الولادة * وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للمنازل
 واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول
 التهنئة او سكونه عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي
 ذلك الوقت فهو ممنوع عن النبي ولو كان غائبا ولم يعلم
 بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال
(واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفي الاول واعترف
بالثاني يثبت نسبهما) لانهما توأمان خلقا من ماء واحد
(وحد الزوج) لانه اكد بنفسه يدعوى الثاني **(وان**
اعترف بالاول ونفي الثاني يثبت نسبهما) لما ذكرنا
(ولا عن) لانه قادر بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار
 بالعفة سابق على القذف فصاركها اذا قال انها عفيفة ثم قال
 هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هنا

باب العنين وغيره

(واذا كان الزوج عنيانا اجله الحاكم سنة فان وصل
اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) مكذا روى
 عن عمر وعلي وابن مسعود رض الله تعالى عنهم ولان الحق
 ثابت لها في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة
 ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرنا
 بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة
 ولم يصل اليها تبين ان العجز بأفة اصلية ففات الامساك
 بالمعروف ووجب عليه التسريع بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي
 منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لان التفريق حقها **(وتلك**
الفرقة تطليقة بائنة) لان فعل القاضي اضيف الى الزوج
 فكانه طلقها بنفسه * وقال الشافعي 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 خلاها)**

لا الرضا ولو وطئها مرة ثم عجز لا خيار لها وكذلك لو لم يكن له ماء ويجماع ولا يرز لا يكون لها حق الخصومة * واو فرق بينهما بعدم الوصول
 ثم وعجز الوصول فتزوجها فعجز لا خيار لها لانها رضيت بخلاف ما لو تزوجت به اخرى وهي عالة بحاله لا يكون رضا منها * وفي الاصل
 يكون رضا لانها رضيت بالمقام معه وان عانت بعد النكاح بحاله لا يبطل خيارها بطول مقابها معه لان الحق لا يبطل بالتأخير مالم تقل رضيت
 بالمقام معه * وفي ادب القاضي سأل الزوج القاضي ان يؤجله سنة اخرى او شهرا او اكثر فانه لا ينبغي له ان يفعل ذلك الا برضا المرأة فان رضيت
 ثم رجعت فلها ذلك ويبطل الاجل ويخير كذا ذكره الامام الترمذي قسوله فان خلوة العينين صحيحة اذ لاوقوف على حقيقة العنة لجواز ان
 يمنع من الوطئ * اختيارا فدار الحكم على سلامة الآلة قسوله لما بينا من قبل اي في باب النهور حيث قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل
 اضابطا قسوله فالقول قوله والقياس ان يكون القول قولها لانها تنكر الوصول الا ان الزوج منكر في معنى ثبوت حق الفرقة بالتأجيل
 والعبرة للمعنى لا للصورة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة فكذا هنا قسوله
 فان قلن هي بكر خيرت فالحاصل ان الازالة للنساء مرتين
 مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير * ثم كيف
 يعرف انها بكر ام تيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من
 بيض الدجاج فان دخل بلا عنى فثيب والا فبكر * وقيل
 ان امكها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل يكسر
 البيض فيصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر قسوله
 لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي الكارة اذ الكارة اصل فيهن
 فيثبت بقولهن * وان قلن هي ثيب تثبت الثيابة ايضا
 ولكن مع ذلك يحلف الرجل لانه ليس من ضرورة الثيابة
 الوصول اليها لاحتمال زوال الكارة بشي * آخر فلم يثبت
 بشهادتهن الوصول قللنا يحلف الزوج بخلاف الكارة فان
 بشهادتهن تثبت الكارة ومن ضرورتها عدم الوصول قلنا
 خيرت ولم تحتاج الى شي * آخر وانما خيرت لانها قصدت
 بالنكاح ان تستشف ولا تحصل لها العفة بهذا الزوج وبغيره
 مع قيام هذا النكاح فلو لم يخير كان تعريضا لها على الزنا *
 وذكر في المبسوط واذا خيرها القاضي فاختارت الزوج
 او قامت من مجلسها او قامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل
 ان تختار شيئا يبطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج
 امراته وذلك يتوقفت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان
 لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتأخير الاختيار
 الى ان قامت او اقيمت سقط حقا فلا تطالب بعد ذلك بشي *
 فان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابي
 فرق القاضي بينهما قسوله وفي التأجيل تعتبر السنة
 القمرية وهو الصحيح * واختيار شمس الاقامة السرخسي
 في المبسوط واختيار الامام قاضينخان والامام ظهير الدين
 في التأجيل انه يقدر بسنة شمسية اخذا بالاحتياط فربما
 يكون موافقة الفلاح في الايام التي يقع التفاوت فيها بين
 الشمسية والقمرية * وفي شرح الطحاوي التأجيل بالسنة
 القمرية ظاهر الرواية والتأجيل بالشمسية رواية الحسن عن
 ابي حنيفة * وعن شمس الاقامة الحلواني الشمسية ثلاثاثة
 وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين
 جزءا من اليوم والقمرية ثلاثاثة واربعة وخمسون يوما *
 وفي النخبة يؤجل العنين سنة شمسية لا قمرية فالسنة
 الشمسية السنة بالايام والسنة القمرية السنة بالاهلوالشمسية
 تزيد على القمرية باحد عشر يوما وشي * فيجوز ان يوافق
 طبعه هذه الزيادة فلا بد من اعتبارها قوله ولا يحتسب بمرضه
 ومرضها * وروى عن ابي يوسف انه اذا مرض احدهما
 مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف الشهر
 احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب عليه وجعل له بدل
 ١٤ *

كتاب الطلاق (١٥٣) باب العنين وغيره

فان خلوة العينين صحيحة (وتجب العدة) لما بينا من قبل هذا اذا
 امر الزوج انه لم يصل اليها (ولو اختلف الزوج والمرأة في
 الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه) لانه
 منكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجيلة
 (ثم ان حلف بطل حقا 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
 لاحق 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 الكارة (وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان
 نكل خيرت) لتأييدها 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 حقا وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو
 الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك
 في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه
 (واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي
 ترد بالعيوب الحمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق
 والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا او لطبع مؤيد
 بالشرع قال عليه الصلوة والسلام فر من المجنون فرارك
 من الاسك * ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ
 فاختلف به هذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات

مكانها لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه * وهذا اصح الروايات
 عن ابي يوسف وان اعترمت بحجة الاسلام لم يحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لا يقدر على ان يعطلها الا ترى انها لو كانت مجرمة لم يؤجله القاضي
 حتى تفرغ من الحج ولو خاصته والزوج مظاهر منها فان كان يقدر على العتق اجله وان كان عاجزا عن ذلك امهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها
 مالم يكفر فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يكتف القاضي الى ذلك واحتسب عليه بتلك المدة لانه كان متمكنا ان لا يظهر منها * الجذام هو تشقق الجلد
 وتقطع اللحم وتساقطه والفعل منه جذم * والرتق بالتحريك مصدر قولك اء رقاء لا يستطيع جمعها لارتقاق ذلك الموضع منها كذا في الصحاح
 والقرن في الفرج مانع يمنع من سلوكه كذكريه اما غدة غليظة او لحمية مرتفعة او عظم وامرأة قرناء بهاذلك * وقيل العفة هي بالتحريك شي
 يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالاذرة للرجل * وقيل تنوت في الرحم واختصم الشريخ في عارية بها قرن فقال اقعدهما فان اصاب الارض
 فهو عيب وان لم يصب الارض فليس بعيب قسوله ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ حتى يسقط شي من النهور بالموت

قوله والمستحق هو التمكن وهو حاصل اى التمكن من الوطى * حاصل اما فى العجوة والمجنونة والرماء فظاهر واما فى الرتقا والقرناب فمكن بالشق والفتق **قوله** وقال محمد لها الخيار اذا كان على حال لا يطبق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول الى حقها بمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوا او غيبنا ولكننا نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود وانما تقل رغبتها فيه وتتأذى بالصحة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته شىء الخلق او مقطوع اليدين والرجلين بخلاف الجب والعنة وكذلك ان اشترط احدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجده بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك لو شرط احدهما لصاحبه صفة الجبال او البكرة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار لان فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب فى اثبات الخيار كما فى البيع * وبهذا تبين انه لا يعتبر بتمام الرضا فى باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوها لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضا بهذه الصفة وانما يثبت فى الجب والعنة لانهما بخلاف المقصود المشروع له النكاح وهو الوطى * وهذه العيوب غير مخللة به فافترقا * **باب العدة** * **كتاب الطلاق** (١٥٤) **باب العدة**

قوله قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يذكر قوله رجعيا فى بعض النسخ ولا بد من ذكره ولم ينصر الدخول مع ان عدة الطلاق لا تجب الا بعد الدخول او الخلوة بناء على ان الاصل فى النكاح هو الدخول ولان وجوب العدة من الفرقة فى حال الحيوة انما كان بعد الدخول لا قبله وهو ظاهر فاستغنى بظهوره عن ذكره **قوله** او وقعت الفرقة بينهما بغير الطلاق وهى مثل الفرقة بغير العتاقة وعدم الكفاة وخيار البلوغ وملك احد الزوجين صاحبه والفرقة فى النكاح الفاسد **قوله** لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء اراد المدخول بهن من ذوات الاقراء وهو خبر فى معنى الامر اى وليتربصن المطلقات واخراج الامر فى صورة الخبر تأكيد الامر واشعار بانه مما يجب ان يتلقى بالسارعة الى امتثاله * وذكر الانفس تبيح لهن على التربص وزيادة بحث لان انفسهن طوامع الى الرجال فامر ان يقمن انفسهن ويجبرن على التربص عندا فى الكشاف * قيل النص يتناول المطلقة ثلثا فبادونها * وقيل اراد به مادون الثلث بدلالة **قوله** تعالى وبعولتهن احق بردهن فعلى الوجه الاول التمسك ظاهر فى الطلاق الباقي * وعلى الوجه الثانى نقول لما وجبت العدة لتعرف براءة الرحم ولقضاء حق النكاح فيما اذا انعقد سبب الزوال ولم يتحقق الزوال لان ثبت فى موضع يتحقق الزوال اولى وهذا لان حق النكاح ان يستدام ولا يزال والعدة تمنع الزوال فكانت الاستدامة بعد سبب الزوال قضاء لحقوقيانا لظهور **قوله** وهذا يتحقق فيها اى التعرف عن براءة الرحم يتحقق فى الفرقة بغير طلاق **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعى الاطهار وفاقدة الخلاف تظهر فيما اذا طلق امرأته فى طهر لم يعامعا فيه لا تنقض العدة مالم تظهر من الحيضة الثالثة وندم كما شرعت فى الحيضة الثالثة انقضت مدتها واحتج بان الطلاق مقب للعدة فيجب ان يكون الزمان الذى يعقب الطلاق محسوبان العدة **قوله** اذ هو من الاضداد دليل على انه حقيقة فيها فكان فيه قطع وهم انه مجاز فى احدهما لان الطريق فى المجاز المناسبة وبين الطهر والحيض مضادة فهو كالصريم يطلق على الليل والنهار **قوله** اما عملا بلفظة الجمع وهو القروء والجمع الصحيح هو الثلثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض

والمستحق هو التمكن وهو حاصل (واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما فى الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق * ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت فى الجب والعنة لانها بخلاف المقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخللة بها فافترقا

باب العدة
(واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وثمت الفرقة بينهما بغير طلاق وهى حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء) لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهى فى معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح * وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا * وقال الشافعى الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا يمتنظهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع فى طهر لم يبق جمعا اولانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود اول قوله عليه الصلوة والسلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به **(وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر)** لقوله تعالى **واللائى يتسنن من الحيض من نسائكم الآية**

(وكذا)
 لاعلى الطهر لان الطلاق يوقع فى طهر وهو سنة * ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قروين وبعض الثالث فلم يكن ثلثا كواحد * وهذا مستقيم فى جمع غير مقرور بالعدد كقوله تعالى الحج اشهر معلومات فاما فى جمع مقرور بالعدد فلا بد من الكمال لان الثلثة اسم خاص لعدد معلوم لا يمتد غير **قوله** اول قوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فيلتحق بيانا به اى هذا الحديث يلتحق بيانا لهجمل الكتاب حيث قال وعدتها حيضتان ولم يقل طهران ولا خلاف ان عدة الامة نصف عدة الحرة لان اثر الرق فى التنصيف لاقى اصل العدة * ومما يدل على صحة ما ذهبنا اليه **قوله** تعالى واللائى يتسنن من الحيض من نسائكم ان اربتم فعدتهن ثلثة اشهر فاقام الاشهر مقام الحيض دون الاطهار والنقل الى البديل انما يكون عند عدم الاصل **كقوله** تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فوهو تنصيص على ان المراد بالقرء الحيض فان قيل الاصل اطهار هى قروء لا وجود لها الا بالحيض فان الطهر قبل الحيض لا يسمى قروء ولا انعدم لهذا القروء الا بالعدم الحيض فصار قوله يتسنن من الحيض مجازا عن قوله يتسنن من الاطهار التى هى قروء فلذلك استقام الابدال * قلنا ان الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه ودل عليه ان الله تعالى بدأ فقال والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ثم

(وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض) بأخر الآية (وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها) اقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن (وان كانت امة فعدتها حيضتان) لقله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تجزى فكملت فصارت حيضتين * واليه اشار عمر رضى الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا (وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف) لانه متميز فامكن تنصيفه عملا بالرق (وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر) لقله تعالى ويذرون ازواجهن يترصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا (وعدة الامة شهران وخمسة ايام) لان الرق منصف (وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها) لا مطلق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبدالله بن مسعود رضى الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التى فى سورة البقرة وقال عمر رضى الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج (واذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها ابعد الاجلين) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح فى الوفاة الا انه بقى فى حق الارث لا فى حق تغيير العدة بخلاف الرجعى لان النكاح باق من كل وجه * ولهما انه لما بقى فى حق الارث يجعل باقيا فى حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على رده حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف * وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ اعتبر باقيا الى وقت الموت فى حق الارث لان المسلمة لانرث من الكافر (فاذا عتقت الامة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وان اعتقت وهى مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها) الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة والموت (وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض)

نقل الى البدل فيمن عدت القرو ولو كان المراد ما ذكره كان من حق الكلام ان يقال واللائى عد من القرو ليكون النقل بعدم عين ما شرع اصلا فلما جاء بعبارة اخرى علم انها لم تكن الالفائدة زائدة وليس ذلك الا قلنا قوله وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض بالآخر الآية وهو قوله تعالى واللائى لم يحضن اى والصغار اللاتى لم يبلغن واللائى بلغن بغير الحيض كذلك يعتدون ثلاثة اشهر كذا فى التيسير قوله وان كانت امة فعدتها حيضتان لقله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان * فان قيل النص الوارد فى المطلقات عام وتحصيى العام ابتداء لا يجوز خبر الواحد والقياس * ولهنا قال ابو بكر الاصم عدتها ثلاثة اقرأ * قلنا هذا حديث نقلته الامة بالقبول فدخل فى حد المشاهير على ان الآية واردة فى الحرائر لقله تعالى مما آتيتنوهن حتى تنكح زوجا غيره فيما افتدت به او نقول خص من قوله تعالى والمطلقات يترصن بانفسهن ثلثة قرأ غير المدخول بها ولم يدخل فى الآية الصغيرة والآيسة والحامل فيخص موضع النزاع ولان العدة نعمة فى حقهن لما فيه من تعظيم ملك النكاح وللرق اثر فى تنصيف النعم لان استحقاقها بوصف الآدمية وقد اثر الرق فى نقصانها فلا بد ان يؤثر ذلك فى نقصان النعمة الا ان الحيضة لا تجزى ولا تنصف لانها تختلف فى انفسها بين ان تكون ثلثة او اربعة الى عشرة والاكثر من الايام وان كان متيقنا غير ان وقتها مشكوك فيه فتعذر التنصيف فقلنا بالتكميل قوله وعدة الحرة فى الوفاة اربعة اشهر وعشر سواء كانت صغيرة او كبيرة كافرة او مسلمة موطوءة او غير موطوءة وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها وكان على رضى الله عنه يقول تعند المتوفى عنها زوجها بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او بربعة اشهر وعشر لتعارض التنصين وهو قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجهن يترصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فدخلت الحامل فى عموم قوله تعالى ازواجهن وقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فيجمع بينهما احتياطا لمجالة التارىخ وعمامة الصحابة رضى الله عنهم على ان عدتها بوضع الحمل لان قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد قوله تعالى والذين يتوفون منكم الآية فصارت ناسخة لتلك اذ العام المتأخر ينسخ الخاص المتقدم * وقال ابن مسعود رضى الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يا ايها النبى اذا طلقتم النساء نزلت بعد التى فى سورة البقرة اى والذين يتوفون منكم والمباهلة البلاعة مفاعلة من البهلة وهى اللعنة وكانوا اذا اختلفوا فى شىء اجتمعوا وقالوا ببهلة الله على الكاذب منا ومنكم قوله الا انه بقى فى حق الارث لا فى حق تغيير العدة فانما بقى فى حق الارث بحكم الغرر لا باعتبار بقاء الزوجية وذا لا يلزمها عدة الوفاة الا ترى ان المرتد اذا مات او قتل على رده ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح برده لا لموته ولهما انها مطلقة حقيقة متوفى عنها زوجها حكما فيجب اعتبارها وهذا لانا اننا ورثناها باعتبار قيام النكاح بينهما حكما الى وقت الموت اذ لا بد من قيام سبب الارث عند الموت ليستحق لارث فاذا بقى النكاح فى حق الارث حكما مع انه لا يثبت بالشك فلان يبقى فى حكم العدة وهى تثبت بالشك اولى قوله ولو قتل على رده حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف * وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح لم يعتبر ثمة باهلها الى وقت الموت فى حق الارث لانها مسلمة عند الموت والمسلمة لانرث الكافر ولكن يستند استحقاق الارث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض ولا تلزمها عدة الوفاة وهنا استحقاق الارث عند الموت لا عند الطلاق فعلم ان النكاح كالتقادم بينهما الى وقت الموت حكما

قوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خافا اذ شرط الخلفية تحقق اليأس لو ادى بالدم الدائم الى الموت كالفدية في حق الشيخ الفاني فانها خلق عن الصوم بشرط استمرار العجز مدة العبر * وقال صاحب المحيط لانفسه في حق الاياس بالسن في رواية وايضا على هذه الرواية ان يبلغ من السن مبلغا لا تحيض مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بايائها بان رأت بعد ذلك دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح * وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنة على ما قالوا فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم بايائها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا عند البعض ولا يبطل به الاعتداد بالاشهر ولا يظهر فساد النكاح * وقيل يكون حيضا فيبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا رأت الدم فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل حكم الاياس الثابت بالاجتهاد حتى قالوا انما يكون حيضا اذا كان احمر او اسود اما اذا كان اخضر او اصفر لا يكون حيضا لان كون هذا المرئي حيضا ثبت بالاجتهاد فلا يبطل الاياس الثابت بالاجتهاد * وكان الصدر الشهيد يفتي بانها لو رأت الدم بعد ذلك على اى صفة رأت يكون حيضا ويقتى بطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاعتداد بالاشهر ولا يفتى بطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالاشهر قوله ولو عاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالاشهر تقاديا عن الجمع بين الخلق والاصل * فان قيل بناء الحاق على الاصل يجوز الاترى ان المصلى اذا سبقه الحدث وقد كان توشا يتيمم ويبنى ان لم يجد ماء ومن عجز عن الركوع والسجود يومى ويبنى قلنا الصلوة بالتيمم ليست بخلف عن الصلوة بوضوء وانما الخلق بين التراب والماء او بين الطهارتين ولا يكمل احدهما بالآخر وكذا الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة بركوع وسجود لان بعض الشيء لا يكون خلفا عن كله فاما العدة بالاشهر فبطل العدة بالحيض فلا يكمل احدهما بالآخر قوله لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والمعروف هو الحيض * فان قيل لو كان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفى فيه بحضة كمنى الاستبراء * قلنا انما وجب التبرص بثلاثة اقرء في النكاح الصحيح لجواز ان تحيض الحامل اذ هو مجتهد فيه فلا يتيقن بالفراغ بحضة فقدر بالثلاث ليعلم فراغ الرحم اذ هو عند معتبر في الشرع لا بلا الاعتداد كما في شرط الخيار وقصة الاخبار والفساد ملحق بالصحيح في حق ثبوت النسب فيقتر بالاقراء الثلاثة صيانة للماء عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه كما قدرنا الصحيح بها * ثم المنكوحة ككاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود فانه فاسد بالاتفاق بين علمائنا واما نكاح المحارم مع العلم بانها حرام فنكاح فاسد عندناي حنيفة خلافا لهما * وفي النخيرة تزوج منكوحة الغير ولا يعلم انها منكوحة الغير ودخل بها تجب العدة وان كان يعلم انها منكوحة الغير لا تجب العدة بالدخول التي لا يحرم على الزوج وطئها به يفتى واما الموطوءة بشبهة فهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها تجب عليها العدة وعلى الواطئ المهر على ما تجى في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى قوله فصار كالحادث بعد الموت وتفسير الحدوث بعد الموت بان تضعه لسته اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ رحمهم الله * وقال بعضهم بان تأتي

الاشهر من سنتين * والاول اصح وتفسير قيام الحمل عند الموت هو ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية قوله ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحمل بعد الموت يريد به اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر اذ لو كان على حقيقته بان جاءت به لتنام سنتين فصاعدا تكون العدة بالاشهر لانه يكون من زنا فلا يتغير به حكم العدة قوله ولا يثبت نسب الولد في الوجوهين اى فيما اذا كان قائما عند الموت وفيها اذا حدث بعد الموت

كتاب الطلاق (١٠٦) باب العدة ومعناه اذ ارات الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني (ولو عاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور) تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت) لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعروف (واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة) لانها تجب بزوال ملك اليمين فشا بهت الاستبراء * ولما انها وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح * ثم امامنا فيه عمر رضى الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض (ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر) كما في النكاح (واذا مات الصغير عن امرأته وبها حمل فعدتها ان تضع حملها) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى * وقال ابو يوسف عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت * ولما 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 بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت ومقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (ولا يثبت نسب الولد في الوجوهين) لان الصبي لاماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور (واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحضة التي وقع فيها الطلاق) لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها

(قال) لاكثر من سنتين * والاول اصح وتفسير قيام الحمل عند الموت هو ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية قوله ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحمل بعد الموت يريد به اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر اذ لو كان على حقيقته بان جاءت به لتنام سنتين فصاعدا تكون العدة بالاشهر لانه يكون من زنا فلا يتغير به حكم العدة قوله ولا يثبت نسب الولد في الوجوهين اى فيما اذا كان قائما عند الموت وفيها اذا حدث بعد الموت

قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتند اخلان وقال الشافعي لا تند اخلان هذا اذا وطئها الجنبي بشبهة اما اذا وطئها الزوج
 المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع * وفي المسوط وان كانت العدتان من واحد بان وطئ معتدته بعد البيوتة بالشبهة فلا شك
 عندنا انها تنقضان ببدء واحدة وهو احد قولى الشافعي وفي القول الآخر يقول لا تجب العدة بالسبب الثاني اصلا * وحاصل الخلاف راجع
 الى ان ركن العدة الفعل ام ترك الفعل مع ان المقصود يحصل بالطريقين وهو صيانة الانسان عن الاشتباه فعنده الركن هو الفعل وهو كفى امرأة نفسها
 من الزوج والخروج والتزوج باخر فيكون عبادة كالكفى عن قضاء الشهوتين في الصوم لانها امرت بالترخيص وهو الكفى واداء العبادتين
 في وقت واحد لا يتصور كصومين في يوم واحد * وعندنا الركن ترك الفعل ومعنى العبادة تابع لانها اجل لقوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن
 فلذا يلغى اجلهن حتى يبلغ الكتاب اجله والاقبال اذا اجتمعت تنقض ببدء واحدة كرجل تثبت عليه ديون موجهة لانس فتقضى ببدء واحدة
 وهذا لان التأجيل لتأخير ما كان يجب عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت ببعض الاجل هنا حل النكاح والخروج والتزويج
 وهذا لان التأجيل لتأخير ما كان يجب عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت ببعض الاجل هنا حل النكاح والخروج والتزويج
 فكان الثابت تأخير الحل الذي يثبت بوضيه وهو حرمة
 هذه الافعال فكان الركن حرمة هذه الافعال والاقبال فان
 كثرت يتصور اجتماعها في العدم ولهذا وجدت بلا علم
 ويتأدى بلا قصد واختيار ولو كان الركن هو الفعل لما وجب
 بلا علم ولم يتأدى بلا قصد واختيار الا ترى ان الله تعالى قال
 ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن
 التزوج في العدة والثابت بالنهي حرمة الفعل لا وجوب
 الفعل بخلاف الصوم لان الواجب ثم الفعل لانه امر بالصوم
 لقوله تعالى ثم اتوا الصيام الى الليل والواجب بالامر
 الفعل * فان قيل الله تعالى قال والمطلقات يتربصن اى يكففن
 والكفى فعل وهو اخبار في معنى الامر كما امر وقال فعدتهن
 ثلاثة اشهر امر بالاعتداد بالاشهر والاعتداد فعل * قلنا العواد
 بالترخيص الانتظار لا الكفى يقال فلان يتربصن قدوم فلان
 اى ينتظر والانتظار يكون بسبب الاجل ولا تضايق في الانتظار
 كشهر واحد ينتظر فيه حلول ديون وكيوم واحد ينتظر
 فيه قدوم انس ولما في الآية الثانية امر بالاعتداد بدل
 المذكور هو العدة وهى مدة حرمة هذه الافعال والحرمات
 تجتمع فان الصيدحرام على المعمر في الحرم بالا حرام والحجر
 حرام على الصائم لصومه ولكونه غيرا والحلف ان حلف
 لا يشرها ومعنى العبادة تابع الا ترى ان عدتها تنقض وان
 لم تكن نفسها عن الخروج ولا يتصور اداء العبادة بدون
 ركنها ولان المقصود تعرف برأه الرحم وهو حاصل بالعدة
 الواحدة فتداخلت وانما لم يكتف ببيعة واحدة وان حصل
 تعرف الفراغ بها لان الواحدة للتعرف والثانية لحرمة النكاح
 والثالثة لفضيلة الحرية ولو اكتفيها بالواحدة لم تحصل هذه
 المقاصد لقوله لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة
 وقد نص في الاسرار ان سبب وجوب العدة نكاح متأكد
 بالدخول او ما يقوم مقامه مما يكمل البهر عند ثبوت
 ما يوجب الفرقة لا الفرقة فانها شرط فكله جعل الشرط
 المعمل للعدة كالسبب لقوله ومشايخنا رحمهم الله يقتون
 في الطلاق ان ابتداءها من وقت وجود الاقرار نفيًا لتهمة
 المواضع بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار
 المريض لها بالدين ووصية لها بشئ * او يتواضعا على انقضاء
 العدة بان يتزوج اختها او ارباعها او غيرها تكون المرأة
 محرمة حرمة غليظة فيتواضعان على هذا الاقرار حتى يتمكن
 من التحليل في الحال ولا تجب عليها العدة * قال صاحب المحيط
 وغيره اذا اقر الرجل انه طلق امرأته منذ خمس سنين ان
 كذبته في الاسناد او قالت لا ادري تجب العدة من وقت الاقرار *

باب العدة (١٥٧)

(واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى
 وتداخلت العدتان ويكون ما ترى المرأة من الحيض محتسبا
 منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية
 فعليها تمام العدة الثانية) وهذا عندنا وقال الشافعي لا
 تند اخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كفى عن التزوج
 والخروج فلا تند اخلان كالصومين في يوم واحد * ولنا ان
 المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة
 فتند اخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقض بدون
 علمها ومع تركها الكفى (والمعتدة عن وفاة اذا وطئت
 بشبهة تعدد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها)
 حقيقة 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
 ابتداءها من وقت وجود السبب ومشايخنا يقتون في
 الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيًا لتهمة المواضع
 (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم
 الوطئ على ترك وطئها) وقال زفر من آخر الوطئ
 لان الوطئ هو السبب الموجب * ولنا ان كل وطئ وجد
 في العقد الفاسد يجرى مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل
 الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بهجر واحد وقبل
 المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره
 ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطئ لحفائه
 ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره (واذا قالت المعتدة
 انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين)
 لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب

قالوا هذا الجواب في النفقة والسكنى حتى تجب لها النفقة والسكنى اما في حق التزوج باختها او اربع سواها تعتبر العدة من وقت الطلاق
 وقيل في حق التزوج باختها او اربع سواها تعتبر العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانها الطلاق ولكن لا تجب لها نفقة العدة وموتة
 السكنى لان ذلك حقا وقد اقرت بسقوط حقا وينبذ على قول هلال ان لا يجل التزوج بالاعتد او اربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت
 الاقرار * وحكى عن الشيخ الامام ابى الحسن السفدى انه كان يقول ما ذكر محمد في الاصل ان العدة تعتبر من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا
 منفردين من الوقت الذى اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامها ظاهر فلا يصحان في الاسناد لقوله ولان التمكن على
 وجه الشبهة اقيم مقام الوطئ * لان الوطئ امر عيني ولا يوقوف لغيرها عليه والحاجة ماسة الى معرفة الحكم في حق غير الوطئ * وهو من
 يريد ان يتزوجها بعد انقضاء العدة فلا بد من اقامة الاسرار الظاهر مقامه ليدار الحكم عليه كما في الاخبار عن النجعة والحيض وكما في السفر فاقام
 التمكن مقامه تيسيرا بخلاف المتاركة والعزم على ترك الوطئ * والاخبار بعزمه والمتاركة في النكاح القاسد بعد الدخول لا تكون الا ان

يقول تركتك او خليت سبيلك ولا يكون بعدم جدي اعدهما الى صاحبه قسوله فتعلق كالودع اي اذا ادعى المودع رد الوعد او هلاكها يحل ان لم تكن له بينة قسوله كما لو اشترى ام ولده اي منكوحته التي ولدت منه ثم اعتقها فيجب عليها الثلث حيض حيضتان من النكاح فيها ما تجتنب المنكوحه من الخروج والبروز والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشترها فسد النكاح ووجبت العدة الاترى انه لا يجوز ان يتزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حق المانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا ووجبت حيضتان لفساد النكاح وهما معتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد كذا في الايضاح قسوله ناب ذلك القرض وهذا لان الاصل ان القبض المضمون ينوب عن القبض المضمون فاذا جدد النكاح ينوب ذلك القبض عن القبض المستحق بالنكاح الثاني كالفاسد اذا اشترى المغصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق بالعقد فيكون الطلاق بعد القبض المستحق بالعقد الثاني يوجب كمال البهر والعدة * فان قيل القبض فعل دائم فانما يصير قابضا باستمرار القبض بعد الشراء الا ان ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء * قلنا الجواب من وجهين الاول ان يفرض الكلام فيما اذا لم يبق المغصوب بعد الشراء بان غصبه آخر من يده فالغاصب الاول لو اشتره من مالك يصير قابضا بمجرد الشراء والثاني ان استدامة القبض لا معتبره في افادة القبض بدليل ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الشراء ولو كان استدامة القبض معتبرا في حق القبض بالشراء وجب ان يصير المودع قابضا بالشراء كالفاسد ولا يتفاوت الحكم بين ان يكون المشتري غاصبا او مودعا قسوله الغصب الذي في يده اي لم يرد له الى المالك ولا يشترط ان يكون في يده وقت لشراء لانه ما لم يرد له الى المغصوب منه كان في يده ولهذا لو اشترى وهو في يده آخر قائم يصير قابضا بالشراء قسوله فوضع بهذا انه طلاق بعد الدخول * لا يقال لو كان هذا طلاقا بعد الدخول لما وقعت البيونة بصريح الطلاق بعد النكاح الثاني كما لا تقع البيونة فيما اذا وجد الوطئ حقيقة بعد النكاح * لانا نقول انما جعلنا هذا طلاقا بعد الدخول في حق تكميل المهر والعدة لاني حق جميع الاحكام كما ان الخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول في حق تكميل البهر ووجوب العدة لاني حق جميع الاحكام حتى ان صريح الطلاق بينهما بعد الخلوة الصحيحة وكذلك ان كان النكاح الاول فاسدا وكان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحا صحيحا في العدة وان كان النكاح الاول صحيحا والثاني فاسدا ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب البهر بالاتفاق قسوله واما المهاجرة فوجه قولها ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر نحو النوث ومطواعة ابن الزوج قسوله بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها اي في دار الحرب لا يجب عليها العدة بالاتفاق لعدم تبليغ الخطاب لانهما في دار الحرب قسوله وله قسوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فقد اباح لنا نكاح المهاجرة بنفس الهجرة * فمن قال لا يحل ما لم تحض لث حيض بعد الهجرة فقد زاد على النص ثم وضع المسئلة في المهاجرة المسلمة والحكم في الذمية كذا ذكره الامام الترمذى خرج احد الزوجين الينامسلا او ذميا او مستأنا ثم اسلم اوصار ذميا والاخر على حربه ثم فقد زالت الزوجية * ثم ان كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليها العدة ولا نفقة لها وان كان الخارج هو الرجل فله ان يتزوج اربعا سواها وفيهن اختها

فصل

قوله وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فللقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الاعلى زوجها اربعة اشهر وعشرا * واما المبتوتة فمنهنا وقال الشافعي لاحداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفي بعهدا الى ماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته * ولنا ما روى ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تحتضب بالحناء وقال الحناء طيب

فقال كالمودع (واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبله وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى) لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها * ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئ الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالفاسد وهو يشترى المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضع بهذا انه طلاق بعد الدخول * وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب * وجوابه ما قلنا قال (واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية اليانا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة وقالوا عليها وعلى الذمية العدة) اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارهم وقد بيناه في كتاب النكاح * وقول ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها واما المهاجرة فوجه قولها ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ * وله قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بنى آدم والحري ملحق بالجماة حتى كان محلا للملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولذا ثابت النسب * وعن ابي حنيفة انه يجوز نكاحها ولا يبطأها كالجلى من الزنا والاول اصح

فصل

قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) اما المتوفى عنها زوجها فللقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الاعلى زوجها اربعة اشهر وعشرا * واما المبتوتة فمنهنا وقال الشافعي لاحداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفي بعهدا الى ماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته * ولنا ما روى ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تحتضب بالحناء وقال الحناء طيب

لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الاعلى زوجها اربعة اشهر وعشرا * التمسك بالحديث في ايجاب الاحداد مشكل لان مقتضاه احوال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لانه استثناء من التحريم والاستثناء من

ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب
لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها ان
تفصل ميتا قبل الابانة لا بعدها (والحداد) ويقال الاحداد وهما
لفنان (ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب
وغير المطيب الامن عذر وفي الجامع الصغير الامن وجع)
والمنى فيه وجهان * احدهما ما ذكرناه من اظهار التأسف *
والثاني ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها وهى متنوعة عن
النكاح فمتجنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم *
وقد صرح ان النبى عليه السلام لم يأذن للمعتدة فى الاكتمال
والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا
يمنع المحرم عنه قال الامن 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 بأس به (ولا تختضب
للنساء) لما روينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا
بزعفران) لانه يفوح منه رائحة الطيب قال (ولا حداد على
كافرة) 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 فى عدة ام الولد
ولا فى عدة النكاح الفاسد احداد) لانها ما فاتها نعمة النكاح
لتظهير التأسف والاباحة اصل (ولا ينبغى ان تختطب المعتدة
ولا بأس بالتعريض فى الخطبة) لقوله تعالى ولا جناح عليكم
فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لاتواعدوهن
سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر
النكاح وقال ابن عباس رضى الله عنهما التعريض ان يقول
انى اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضى الله عنه فى
القول المعروف انى فيك لرأغب وانى اريد ان تجتمع (ولا
يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا
ولانهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل
ولا تبين فى غير منزلها) اما المطلقة فلقوله تعالى ولا
تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل
الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد
واما المتوفى عنها زوجها فلانه لانفقة لها فاحتاج الى
الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل
ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها

التعريم احلال ولا كلام فيه انما الكلام فى الايجاب والحديث
لا يدل عليه * واجيب بان قوله لا يجعل نفي لاحلال الاحداد
ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد فيكون الاستثناء اثباتا
للحداد فصار التقدير لاتحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام
الاعلى زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا * وقد روى
هذا الحديث فى الصحيح والبسوط لا يجعل لامرأة تؤمن بالله
واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الاعلى زوجها
فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا * ووجه التمسك به على هذا
الوجه ظاهر فانه اخبار عن احدادها والاخبار فى اقتضاء الفعل
أكد من الامر على ما عرف فيكون الاحداد واجبا قوله
لانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح * فان قيل
لو شرع الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب على الزوج كما
وجب على الزوجه لان نعمة الزوجية مشتركة بينهما * قلنا
الحداد ماوجب الاتباع للعدة وهى عليها لاعلى فلو وجب
الحداد عليه لوجب قصدا وانه لم يشرع قصدا ولهذا لم يشرع
لفوات الاب مع انه مسبب لوجودها وحيوتها لعدم العدة *
فان قيل كيف يجوز اظهار التأسف وقد قال الله تعالى لكيلا
تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم * قلنا المراد بهما الفرح
مع الصياح والاسى مع الصياح كذا عن ابن مسعود رضى الله
عنه موقوفا ومرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم وعلى
المختلعة الحداد لان وجوده يدور مع فوت نعمة النكاح
وقد فاتت وان طلبت الخلاص منه حيث افتدت نفسها بالمال
قوله وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه بان كانت بها
حكة قوله ولا حداد على كافرة الحداد لا يجب على خمس
نسوة المطلقة طلاقا رجعيا والمعتدة عن نكاح فاسد والكتيبة
والصبية وام الولد اذا اعتقت قوله لان الخطاب موضوع
عنها ولا يلزم على هذا وجوب العدة على الصغيرة لانها لا تخاطب
بها لكن يخاطب الولي بان لا يزوجه حتى تنقضى عدتها
على ان العدة مجرد مضي المدة فثبتتها فى حقها لا يؤدى الى توجه
خطاب الشرع بخلاف الحداد * فان قيل وجب ان يؤمر
وليها بالمنع عن الخروج كما يؤمر بمعناها عن محرمات
الشرع * قلنا فى امر الولي بالمنع عن الخروج وترك الزينة
لا يحصل المقصود وهو اظهار التأسف لان الصغيرة لا تأسف
لها بخلاف المنع عن محرمات الشرع لانه اشتمل على المقصود
وهو الاجتناب عن القبيح قوله والاباحة اصل اى اباحة
استعمال الطيب اصل قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التى
اخرج لعباده اى من الثياب وما يتجمل به والاستفهام لانكار
تحريم هذه الاشياء قوله ولا بأس بالتعريض فى الخطبة
ذكر فى النهاية ارادته المتوفى عنها زوجها لان التعريض
لا يجوز للمطلقة لانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا
فلا يتمكن من التعريض لها على وجه يخفى على الناس فاما
المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج نهارا فيمكنه التعريض
لها على وجه لا يفتى عليه سواها كذا فى شرح التأويلات *
والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شىء لم يذكره قوله
ولكن لاتواعدوهن سرا اى فاذا ذكرهن ولكن لاتواعدوهن
سرا اى وطئا لانه ممايسر الا ان تقولوا قولا معروفا وهو ان
تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اى
لاتواعدوهن موعدة قط الامواعدة معروفة كذا فى الكشاف

حتى لو اختلعت على نفقة عدتها * قيل انها تخرج
 نهارا * وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل
 به حق عليها (وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي
 يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت) لقول
 تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو
 البيت الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان
 عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل
 زوجها اسكنى في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله (وان كان
 نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم
 انقلت) لان هذا انتقال بغير والعبادات تؤثر فيها الاعذار
 وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او
 كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه (ثم ان وقعت الفرقة
 بطلاق بائن او ثلث 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 جعل بينهما امرأة ثقة تقدر
 على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج
 والاولى خروجه واذا خرجت المرأة مع زوجها الى
 مكة فطلقها ثلثا او مات عنها في غير مصر فان كان بينها
 وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت الى مصرها) لانه ليس
 بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وان كانت مسيرة ثلثة
 ايام ان شاعت رجعت وان شاعت مضت سواء كان معها ولي
 او لم يكن) معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان
 المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان
 الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج فال (الا
 ان يكون طلقها او مات عنها زوجها في مصر فانها لا
 تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم) وهذا عند
 ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معها
 محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد *
 لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى القرية ووحشة
 الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم *
 وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة
 ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة
 ذلك فلها حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى
 والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا *
 ولو اختلعت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل
 عن الزوج ويلزمها ان تكتري بيت الزوج فاما ان يحل
 لها الخروج فلا * وعن محمد انه قال المتوفى عنها زوجها
 لا بأس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل قوله
 ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى
 منزلها اي من غير تأخير وكذا لو كان معها زوجها قوله
 ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلث لا بد من سترة
 بينهما يعنى اذالم يكن للزوج الا بيت واحد وكذا هذا في الوفاة
 اذا كان من ورثته ليس بمحرم لها كذا في المبسوط قوله
 ثم لا بأس اي بالساكنة بعد اتخاذ السترة قوله والاولى ان
 يخرج هو ويتركها لان مكنتها في منزل الزوج واجب ومكنته
 فيه ليس بواجب فكان انتقاله اولى واذا انتقلت كان تعيين
 الموضوع النوى تنتقل اليه الى الزوج وفي الوفاة
 تعيينه اليها قوله في غير مصر اي في مقارنة قوله فان
 كان بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت الى مصرها
 اي سواء كان بينها وبين المقصد مدة السفر او دونه قوله
 الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر المصر ليس بشرط وكذا
 الحكم في قرية تقدر على المقام بها

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 وكان العلوق قبل في حالة النكاح والتصوير ثابت بان تزوجها وهو يخالفها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لستين او اكثر مالم تقر بانقضاء عدتها) لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر (وان جاءت به لاقل من سنتين بانث من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه) لوجود العلوق في النكاح اوفى العدة فلا 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 لانقضاء الزنا منها فيصير بالوطئ مراجعا (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 (فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام قال (الا ان يدعيه) لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة (فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين) لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة * ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبعضها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والافرار يحتمله وان كانت مطلقا طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعند يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهي سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى

قوله فولدت ولدا لستة اشهر من غير زيادة ولا نقصان لانها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين تزوجها لا يثبت النسب لان علوق هذا الولد كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يثبت النسب ايضا لانه حين طلق حكمتا انه لا عدة عليها لانها مطلقة قبل الدخول والخلو ولم يتيقن بطلاق هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح كان فيه اضاءة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز والمراد من قوله يوم تزوجها حين تزوجها قوله فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان التزوج شرط الطلاق والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف قوله بان تزوجها وهو يخالفها خالط امرأة فدخل عليها الرجال فتزوجها وهو يخالفها والداخلون يسمعون كلامهما فوافق الانزال النكاح فيكون العلوق حاصل قبل زوال الفراش ضرورة لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون بعد الطلاق او معه وعليه المهر * وفي القياس وهو رواية عن ابي يوسف مهر ونصف اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول * وذكر الامام التمر تاشي عن نصير تزوج امرأة في حال ما يظنها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد حين تزوجها قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلو * وفي المنتقى لا يكون به محصنا وفي شرح ابي اليسر ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليهما الحد ويجب المهر * وقالوا يجب عليهما وفي جميع النسخ لو جاءت بولد فانه يرثه وهو منصوص عن اصحابنا رحمهم الله وان حرمت عليه بالثلث فلم يبق نكاح ولا عدة ولكن لما كان فضلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب قوله فلا يصير مراجعا بالشك * فان قيل ينبغي ان يصير مراجعا لان الطلاق الرجعي لا يجرم الوطئ والاصل في الحوادث ان تصاف الى اقرب الاوقات * قلنا الرجعة بالفعل خلاف السنة وكما لا يظن بالعاقل المسلم الاقدام على الحرام لا يظن به الاقدام على خلاف السنة قوله وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانقضاء الزنا منها * فان قيل يحمل على انها تزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة * قلنا الحكم بابقاء النكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به قوله فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت * فان قيل ما ذكرتم من التصوير في اول الباب موجود ههنا بان خالفها فطلقها فوافق الانزال الطلاق مع ان اول الفعل هنا واقع في الملك * قلنا ما ذكرنا من الاحتمال والتصوير طريق متعين لحمل امرها على الصلاح لانه لو لم يثبت النسب من الزوج فلا بد ان يحمل على انه من زوج آخر قبله لانه لاصلاح في ان يحمل انه من الزنا واذا حمل انه من زوج آخر قبله يكون هذا النكاح فاسدا لانها تكون حينئذ منكوحة او معتدة وفي الوجهين حمل امرها على الفساد بخلاف المبتوتة لانه يحتمل انها انقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر لكنه لم يظهر ذلك ولا نساد فيه فيحمل عليه قوله فبعضها يحكم الشرع بالانقضاء * لا يقال في هذا قطع النسب * لانا نقول النسب لا ينقطع بالشك اذا وجد سبب النسب وفيما قلتم

عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين) وقال زفر
 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 ان
 نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف
 الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بحمل 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 (واذا ولدت المعتدة
 ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد
 بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك
 حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير
 شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في جميع
 بشهادة امرأة واحدة) لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم
 للنسب والحاجة الى تعيين الولد انه منها فيتعين بشهادتها
 كما في حال قيام النكاح * ولا يحنيفة ان العدة
 تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضى ليس بحجة فمست
 الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف
 ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف من الزوج لان
 النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها (فان كانت
 معتدة عن وفاة فصدقتها الورثة في الولادة ولم يشهد
 على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا) وهذا في حق
 الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم * اما
 في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم * قالوا اذا كانوا من
 اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة * ولهذا قيل تشترط لفظ
 الشهادة * وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع
 للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يرعى فيه الشروط
 (واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر
 منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان العلوق سابق على
 النكاح فلا يكون منه (وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا
 يثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت) لان الفراش
 قائم والمدة تامة (فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة
 واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاها الزوج بلا عن)
 لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف
 وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه

جعل ما ليس بسبب سببا بالشك لان النكاح في الصغيرة ما
 كان سببا قبل البلوغ لعدم ماء المرأة وانما يصير سببا بعد
 البلوغ فلا يجعل سببا بالشك قوله واذا اعترفت المعتدة
 يريد اي معتدة كانت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من
 ستة اشهر اي من وقت الاقرار يثبت نسبه وان جاءت به لستة
 اشهر لم يثبت * فان قيل فيه حمل امرها على الزنا * قلنا
 نحمله على نكاح صحيح مبتدأ لم يظهر لنا * فان قيل هذا
 اقرار يتضمن ابطال حق الولد لما فيه من ابطال ما يثبت له
 من حق النسب فيرد * قلنا يجوز ابطال حق الغير بقول
 الامين اذا لم يصير مكذبا كما لو اخبرت بمضي العدة بالحيض
 فانها تصدق وان تضمن ابطال حق الزوج الرجعة قوله واذا
 ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد
 بولادتها رجلان او رجل وامرأتان سواء كانت المعتدة هذه
 مطلقة طلاقا رجعيا او ممتوتة او متوفى عنها زوجها ولا يقضى
 بشهادة القابلة الا اذا كان الزوج قد اقر بالحبل او كان الحبل
 ظاهرا وعندهما يقضى بشهادة القابلة اذا كانت مسلمة حرة
 عدلة * ولا يقال كيف تقبل شهادة الرجال ههنا ولا يحمل لهم
 النظر الى العورة * لانا نقول انهم لا يقولون تعمدنا النظر
 وانما وقع ذلك اتفاقا ودخلت المرأة بين يدي الشهود بيئا
 بعد ما علموا انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون
 انها ولدت ثم عند الحاجة الى ان تحمل الشهادة يباح النظر
 للرجال كما في الشهادة على الزنا والحاجة تتحقق اذا لم يكن
 هناك مؤيد قسوله فان كانت معتدة عن وفات فصدقتها
 الورثة ومعنى التصديق هو ان يقر جميع الورثة فيشاركهم
 باقرارهم واقر به جماعة يقطع الحكم بشهادتهم فان صدقتها
 رجلان منهم او رجل وامرأتان منهم فوجب الحكم باثبات
 نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين وهذا معنى قوله
 بان كانوا من اهل الشهادة * ثم قيل يشترط لفظ الشهادة في
 مجلس القضاء لان النسب لا يثبت في حق الياس كافة الا بلفظ
 الشهادة لان الحجة المتعدية هي الشهادة * وقيل لا يشترط لعدم
 المنازعة لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم
 باقرارهم وما ثبت بناء لا يرعى فيه الشروط كالعهد مع البولي
 والجندي مع السلطان في حق الاقامة ووقف النقول بناء على
 وفق العقار قوله لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان
 انما يجب بالقذف * هذا جواب سؤال يرد على قوله حتى
 لو نفاها الزوج بلا عن وهو ان يقال ان ثبوت اللعان بناء
 على شهادة القابلة واللعان قائم مقام الحد فينبغي ان لا يجب
 لان شهادة النساء غير معتبرة في الحدود * فاجاب عنه بان
 القاذف نفي نسب الولد والنسب لم يثبت بشهادة القابلة بل
 يثبت بالفراش القائم وشهادة المرأة انما كانت لتعيين الولد
 واللعان وجب بالقذف وليس من ضرورة اللعان وجود
 الولد لان اللعان يتصور بدون الولد بان قذف من كوحته
 بالزنا فلم يكن لشهادة القابلة اثر لافي ثبوت النسب ولا في
 وجوب اللعان لان ثبوت النسب بالفراش ووجوب اللعان
 بالقذف وهو قوله ليس منى ولا اتصال له بالولد * ونظير
 هذا ما اذا ثبتت الرضائية بشهادة الفرد ثم افطر انسان بعد
 ذلك متممدا وجبت الكفارة عليه والكفارة في الانتظار
 تجري مجرى الحد حيث يندرى بالشهاد

قوله فان ولدت ثم اختلفا الى قوله لان الظاهر شاهد لها فان قيل الظاهر شاهده لان الحوادث تصاف الى اقرب الاوقات وجودا والنكاح حادث قلنا النسب مما يعتاط فيه فمتى تعارض الظاهر ان وجب اثباته الا ترى ان النسب يثبت بالايماء وسائر التصرفات لا يثبت به اذا كان الايماء من الناطق * فان قيل وجب ان يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه اياها وهي حبلى وصار هذا كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود * قلنا الفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس فاسدا لمحالة لجواز انها حبلى من الزنا * والثاني انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة القاضى يبطل كذا في الفوائد الظهيرية قوله وهو على الاختلاف اى على الاختلاف المذكور في الاشياء الستة لانه اختلاف في النسب اوفى النكاح قوله لانه ينفك عنها اى الطلاق ينفك عن الولادة في الجملة وان صار من لوازمها هنا وصار كمن اشترى لها فشهد مسلم عدل انه ذبيحة مجوسى قبلت شهادته في حق حرمة الاكل ولا يثبت كون الذابح مجوسيا في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد قوله ولا يحنيفة ان الاقرار بالحبل اقرار بما يقضى اليه وهو الولادة لان الولد الكائن في الرحم لا يخلو عن الخروج لمحالة حيا او ميتا فالتعليق بالولادة بعد الاقرار بالحبل تعليق بامر كائن لمحالة فيقبل قولها فيه كما اذا علق بطلاقها بالحيض بل اولى لان الولد الكائن في الرحم يولد لمحالة واما الحيض فبناء على العادة قوله واكثر مدة الحمل سنتان وقال الشافعى اربع سنين لان الضحاك وادته امه لاربع سنين بعد ما ثبت ثبته وهو بضحاك فسمى ضحاكا قوله ولو بطل مغزل اى بقدر ظل مغزل حال الدور ان لان ظل المغزل حالة الدور ان اسرع زولا من سائر الظلال والغرض تقليل المدة * وفي بعض الكتب ولو بفلكة مغزل ذكر في المغرب هذا على حذف المضاف وقد جاء صريحا في شرح الارشاد ولو يدور فلكة مغزل وهو مثل في الدوران والغرض تقليل المدة وبقاء الولد في بطن امه اكثر من سنين في غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع انه لا اصل لما يعكس في هذا الباب فان الضحاك ما كان يعرف ذلك من نفسه وكذلك غيره لان ما في الرحم لا يعرفه الا الله تعالى قوله ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها اى طلقها بعد الدخول اذ لو كان قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة اشهر منذ فارقتها قوله لانه لاتحل بالشرع فان قيل وجب ان تحل لطلاق قوله تعالى او ما ملكت ايما نهم قلنا وجب ان لاتحل لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلق الثانية في الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمصرم اولى بالاعتبار قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو منى فشهدت على الولادة امرأه فهي ام ولده هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لسته اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد قول المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الفصل الاول لتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الاقرار وانما يثبت النسب لقيام الفرش بقوله ان كان في بطنها ولد فهو منى والحاجة الى تعيين الولد وذا يثبت بشهادة القابلة اجابعا

(فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة) وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه) لان الظاهر شاهد لها افانها تلد ظاهرا من نكاح لامن سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وان قال لامراته اذا ولدت ولدا فانك طالق فشهدت امرأه على الولادة) لم تطلق عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد (تطلق) لان شهادتها حجة في ذلك قال صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يمتنى عليها وهو الطلاق * ولا يحنيفة انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها (وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا * وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يقضى اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال (واكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبنى في البطن اكثر من سنين ولو بطل مغزل (واقله ستة اشهر) لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فيبقى للحمل ستة اشهر * والشافعى يقدر الاكثر باربعة سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالتها سمعا اذ العقل لا يهتدى اليه (ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والام يلزمه) لانه في الوجه الاول ولد الممثلة فان العلق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعواه * وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلع او رجعا اما اذا كان اثنيين يثبت النسب الى سنين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلق الا الى ما قبل لانها لاتحل بالشراء (ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو منى فشهدت على الولادة امرأه فهي ام ولده) لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع

(ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه) وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان * والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فم يكن قوله اقرارا بالنكاح * وهذا الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحياة وتكونها 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 السدار حجة في دفع الرق لافي استحقاق الميراث * والله تعالى اعلم

باب الولد من احق به

(واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد) لما روى ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له هواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به مالم تنزوجه ولان الام اشفق واقدر على الحضانه فكان الدفع اليها انظر * واليه اشار الصديق رضى الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابه حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر (ولا تجبر الام عليه) لانها عست تعجز عن الحضانه (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 ولها انحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد (فان لم تكن له جرة فالاخوات اولى من العمات والخالات) لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله صلى الله عليه وسلم 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) تر جميعا لقرباه الام (وينزلن كما نزلنا الاخوات) معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام (ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال (الاجدة اذا كان زوجها المجد) لانه قام مقام ابيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذورحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة (ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية) لان المانع قد زال (فان لم تكن للصبى امرأة من اهله فاخصم فيه الرجال فاولدهم اقر بهم تعصيبا)

قوله فهي امرأته وهو ابنه يرثانه * فان قيل ينبغي ان لا يرث المرأة لما ان هذا النكاح ثابت بطريق الاقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث * قلنا النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع من نكاح وهو سبب لاستحقاق الارث ونكاح هوليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا بطريق الاصله بخلاف نكاح الكتائب والامة لانه من العوارض لا من الاسول فلا يرد نقضا *

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد ولا تجبر عليه اى على اخذ الولد اذا ابت اولم تطلب الا ان لا يكون للولد ذورحم محرم سوى الام فعينئذ تجبر الام على حضانه كيبلا يفوت حق الولد اصلا لانه لا شفقة للاجنبية اصلا كذا في مبسوط شيخ الاسلام * وذكر الامام التمر تاشي ولا تجبر الام على الحضانه لانها عست لاتقدير * واختيار ابي الليث والهندوانى رحمهما الله انها تجبر لان ذلك حق الولد وان امتنع الاب عن اخذ الولد بعد استغناؤه عن الام تجبر لان نفقة وصيانه عليه قوله فان لم تكن له ام اى ماتت او تزوجت اجنبيا فام الام اولى من ام الاب لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لان حق الحضانه بسبب الامومية وهي ام تدلى بام فهي اولى من ام الاب لانها تدلى بقرباه الام فى الحضانه مقدمه على قرابه الاب وتستوى ان كانت مسلمة او كتائية او مجوسية لان حق الحضانه لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين فان لم تكن فام الاب اولى * وقال زفر الاخت لاب وام اولام والخالة احق من ام الاب لانها تدلى بقرباه الاب ومن سميناه بقرباه الام واستحقاق الحضانه باعتبار قرابه الام * ولنا انها من الامهات حتى تحوز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة باعتبار الولاد فان ماتت او تزوجت اولم تكن فالاخت لاب وام ثم لام ثم لاب قوله وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمبدى به فان الخالة تدلى بالام والاخت لاب تدلى بالاب والام فى حق الحضانه مقدمه على الاب فكذلك من يدلى بقرباه الام يكون مقدا على من يدلى بقرباه الاب وتقدم الاخت لاب وام * وعلى قول زفر هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرباه الام وهما سواء فى ذلك * ثم على الرواية الاولى يدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت لاب وام ثم الى بنت الاخت لام ثم الى الخالة وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان الاخت تدلى بمن له حق الحضانه واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فيمعزل من حق الحضانه لان قرابتهم لم تتأكد بالمعزمية قوله فاووليم اقر بهم تعصيبا واذا اجتمع اخوة لاب وام فافضلهم صلاحا وورعا احق به لان ضمه الى اقرب العصبات لمنفعة الولد ولها قدم الاقرب وضمه الى ابيهم صلاحا انفع للولد لانه يتخلق باخلاقه وان كانوا فى ذلك سواء فأكبرهم احق لقوله عليه السلام الاكبر الاكبر

قوله غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم * وذكر الامام
الترمذى فان لم يكن احد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند ابي
حنيفة ثم الى ذوى الارحام الاقرب فالاقرب * وقال محمد لاحق لذكر
من قبل النساء والتدبير للقاضى يدفع الى ثقة يعضه حتى
يستغنى * وعنه انه يثبت لهم الحق ولاحق لغير المحرم
في حضنة الجارية ولللام التى ليست بأمونة وللعصبة
الفاسق على الصغير * وفى الكافي للعلامة النسفى واذا لم
يكن للصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى
العم لام ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية
عند ابي حنيفة فى النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه
آخر العصابات ولا تدفع الانثى ولو كان فى الاعمام من لا يؤمن
على صبى وصبية لفسقه ليس لاحق الامساك قوله اعتبارا
للعالم لان الغالب ان الصبى اذا بلغ سبع سنين يستغنى
عن الحضنة والتربية فيحنث يستنجى وحده قال عليه السلام
مر واصبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا والامر بالصلوة لا يكون
الا بعد القدرة على الطهارة قوله تحتاج الى معرفة آداب
النساء من العزل والطبخ وغسل الثياب * وفى نوادر هشام
عن محمد اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق بها * وذكر فى
غيث المفتين ان للاب ولاية اخذ الجارية اذا بلغت حد الشهوة
قال والاعتماد على هذه الرواية لفساد الزمان واذا بلغت
احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة فى قولهم جميعا
قوله لانها لا يقدر على استخدامها اى سوى الام والجدة
من الاقرباء مثل الاخوات والحالات والعمات لا يقدرن على
استخدام الصغير * وذكر فى الاقضية ان تعليم الآداب انما يحصل
بالاستخدام واستخدام الصغير لا يجعل غير الام والجدة فلا يحصل
معنى التعليم قوله ولا خيار للغلام والجارية * وقال
الشافعى اذا كان مبيرا بخير بين الابوين فيكون عند من
يختار منهما ويستوى فى هذه الغلام والجارية لما روى ان
امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوجي
يريد ان يذهب بابنى وقد سقانى ونفغنى فقال عليه السلام
هذا ابوك وهذه امك فخذ بيديهما شئت فاخذ بيدامه
فانطلقت به قوله او يحمل على ما اذا كان بالغاً فانها قالت
نفغنى وسقانى من بئر ابي عتبة وتلك البئر لا يستقى منها
الا بالغ * ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله ان يتفرد بالسكنى
وليس للاب ان يرضه الى نفسه الا ان يكون مخلوقا عليه
مفسدا * واما الجارية اذا كانت بكر فلاب ان يرضها الى نفسه
وكذا الاخ والعم الا ان يكونا مفسدين فتوضع عند امرأة ثقة
وان كانت ثيبا لها ان تفرد بالسكنى وتنزل حيث شئت
الا ان تكون مخوفة على نفسها فيرضها الاب اليه وان كانت
البكر فدخلت فى السن واجتمع لها رأيا وعقلها واخوها وعنها
خوف عليها فلها ان تنزل حيث شئت فى مكان لا يتخوف عليها
لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق
وقد زال حين دخلت فى السن واجتمع لها عقلها ورأيا *

فصل

قوله واذا ارادت المطلقة اى بعد انقضاء العدة قوله
من تأهل ببلدة فهو منهم اى حكمه حكمهم حتى ان عمر
رضى الله عنه لما دخل مكة اتم صلواته فقيل له خالفت السنة
فقال لم اخالفى وتمسك بهذا الحديث وقال تزوجت بكه
فصرت من اهلها

لان الولاية الاقرب وقد عرف الترتيب فى موضعه
غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم
كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة (والام والجدة
احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس
وحده ويستنجى وحده وفى الجامع الصغير حتى يستغنى
فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى
واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء * ووجهه انه
اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بآداب الرجال
واخلافهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف * والحصافى
نادر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للعالم (والام
والجدة احق بالجارية حتى تحيض) لان بعد الاستغناء
تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر
وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه
اقوى واهدى * وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت
حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة (ومن سوى الام
والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفى الجامع
الصغير حتى تستغنى) لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا
لانواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما
عليه شرعا قال (والامة اذا اعتقها مولاه وام الولد اذا اعتقت
كالحره فى حق الولد) لانها مرتان او ان ثبوت الحق وليس
لها قبل العتق حق فى الولد لعجزهما عن الحضنة بالاشتغال
بخدمة المولى (والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل
الاديان او يخاف ان يألّف الكفر) للنظر قبل ذلك
واحتمال الضرر بعده (ولا خيار للغلام والجارية) وقال
الشافعى لهما الخيار لان النبى صلى الله عليه وسلم
غير * ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته
بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة
رضى الله تعالى عنهم لم يخبروا * اما الحديث فقلنا قد قال
عليه السلام اللهم اهده فوفى لاختياره الا نظر بدعائه عليه
السلام او يحمل على ما اذا كان بالغاً

فصل

(واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس
لها ذلك) لما فيه من الاضرار بالاب (الا ان تخرج به الى
وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لانه التزم المقام فيه
عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم

ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اثار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق * وقد ذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب اتمامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد * وجه الاول ان التزوج في دار الغربية ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح * والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصريين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للموالدان يطالع ولد ويبيت في بيته فلا بأس به (وكذا الجواب في القرينتين ولو انتقلت من قرية مصر الى مصر لا بأس به لان فيه نظرا للصغير) حيث يتخلق باخلاق اهل مصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

قال (النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكنائها) والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضى والعامل في الصدقات * وهذه الدلائل لافصل فيها فتستوى فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر في ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف وهذا اختيار الحنابلة وعليه الفتوى ونفسيره انها اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات * وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته * وجه الاول قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة ابي سفيان خدي من مال زوجك ما يكفيك ولذلك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لانفقن الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة * ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه

(والباقي)

قوله ولهذا يصير الحربي به ذميا هذا على ظاهره غير صحيح فانه ذكر في السير الكبير ان الحربي اذا دخل دارنا بامان فتزوج ذميا لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما بالمقام * وقيل لم تكن هذه الجملة في نسخة قولت مع نسخة المصنف * وقيل في بعض النسخ وانما لا يصير الحربي به ذميا لانه يعارضه ما هو اقوى منه وهو الانفقة من قول الجزية * وقيل اراد الشخص الحربي وهي الجزية فانها بالتزوج تصير ذميا * ولهذا وقع في بعض المواضع ولهذا نصير الجزية به ذميا * وقيل يرجع الضمير في به الى التزام المقام قوله اشار في الكتاب اى في مختصر القدرى وهو قوله الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه وهذا يفيد اشتراط الوطن والتزوج فيه وان ارادت الانتقال الى مصر فيه اصل النكاح وليس * بمصرها فلها ذلك في رواية الجامع الصغير وليس لها ذلك في رواية الاصل وهذا اصح وفي عكسه بان اراد الانتقال الى مصر هو مصرها لكن لم يكن اصل العقد بها لم يكن لها ان تنتقل بالاولاد باتفاق الروايات كذا ذكره الامام الكسائي قوله كما يوجب البيع التسليم في مكانه يريد به اذا كان المبيع في مكان العقد ذكر في الفتاوى ان من باع شعيرا والشعير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لافي مكان العقد وان لم يعلم بذلك فهو بالخيار ان شاء سلمه في مكانه وان شاء فسخ العقد * ولو تعين مكان العقد لما كان للمشتري الخيار * ذكر في شرح الطحاوى ولو ارادت الانتقال من دار الاسلام الى دار الحرب ليس لها ذلك وان كان اهل النكاح وقع هناك وهي حربية بعد ان يكون زوجها مسلما او ذميا وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك قوله ولو انتقلت من قرية مصر الى مصر لا بأس به يريد به اذا كانت قريبة من مصر *

باب النفقة

قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله قال بعض المتأخرين اذا لم تزف الى بيت زوجها لاستحقاق النفقة وهو رواية عن ابي يوسف * وذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد تجب لها النفقة وان لم تنتقل الى بيت زوجها والفتوى على ظاهر الرواية * وذكر في المحيط والايضاح واذا تزوج امرأة فطلبت النفقة قبل ان يحولها الى منزله فلها النفقة اذا لم يطالبها الزوج بالنفقة لان النفقة حقها والانتقال حقها فاذا لم يطالبها به فقد ترك حقها وهذا لا يوجب بطلان حقها وان طالبها الزوج بالنفقة فان لم تمتنع عن الانتقال الى بيت زوجها فلها النفقة ايضا واما اذا امتنعت عن الانتقال ان كان الامتناع بحق بان امتنعت لتستوفى مهرها فلها النفقة واما اذا كان الامتناع بغير حق بان كان اوفاه المهر او كان المهر مؤجلا او وهبته منه فلان نفقة لها قوله فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه * ولا يرد على هذا الكل الرهن فانه وان كان محبوسا بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق وان يكون احق به من سائر الغرما فكان تجب نفقته على المرتهن لكن يحصل مقصوده ايضا وهو ان يكون موافيا دينه عند الهلاك قوله ويعتبر في ذلك حالهما الى قوله وفوق نفقة الموسرات فاذا كان الزوج موسرا مفرط اليسار نحو ان يأكل الحلواء والحمل المشوي والباجات والمرأة فقيرة بان كانت تأكل في بيتها خبز الشعير يطعمها فيما بين ذلك خبز البر وباجة او باجتين وكذلك ان كانت موسرة والزوج معسر * وقال الكرخي وهو ظاهر الرواية يعتبر

والباقي دين في ذمته * ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب
 وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه
 على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد
 ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يقدر شرعا في نفسه (وان
 امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة)
 لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل
 كذا فائت (وان نشزت فلا نفقة لها 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 الوطى كرها (وان
 كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لان امتناع الاستمتاع
 لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود
 مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما تبين *
 وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده
 كما في المملوكة بملك اليمين * ولنا ان المهر عوض عن
 الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة
 (وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطى وهي كبيرة
 فلها نفقة من ماله) لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز
 من قبله فصار كالمجبوب والعين (واذا حبست المرأة في دين
 فلا نفقة لها) لان فوت الاحتباس منها بالمطالبة وان لم يكن
 منها بان كانت عاجزة فليس منه (وكذا اذا غضبها رجل
 كرها فذهب بها) وعن ابي يوسف ان لها النفقة *
 والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل
 باقيا تقديرا (وكذا اذا حجت مع محرم) لان فوت الاحتباس
 منها * وعن ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض
 عذر ولكن تجب لها نفقة الحضر دون السفر لانها هي
 المستحقة عليه * ولو سافر معها الزوج تجب النفقة
 بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر
 دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا (فان مرضت في منزل
 الزوج فلها النفقة) والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا
 يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع * وجه الاستحسان
 ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت
 والمناجيع بعارض فاشبه الحيض * وعن ابي يوسف انها
 اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقيق التسليم ولو
 مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن

حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق
 ذوسعة من سعته * ووجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة
 ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف
 اعتبر حالها والنص يقتضي اعتبار حاله فيعتبر حالها عبلا
 بهما وكل جواب عرفته في النفقة من اعتبار حاله او حالها فهو
 الجواب في الكسوة قوله والباقي دين في ذمته اي بالقضاء
 او التصالح قوله وان نشزت فلا نفقة لها * فان قيل النص
 مطلق * قلنا خص بدلالة النص لان الله تعالى امر في حق
 الناشئة بمنع حقها في الصحة لقوله تعالى واهجرهن في
 المضاجع وهي مشتركة بينهما فلان لا تجب النفقة وهي
 مختصة بها اولى والناشئة هي الخارجة عن منزل الزوج
 المانعة نفسها منه بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت
 الزوج لان الاحتباس قائم ولو كان المنزل ملكها فبمنعته
 من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشئة الا ان تكون سألته
 ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا لان الامتناع هنا فان
 بمعنى منه ولو كان السكنى في ارض الغصب فامتنعت منه
 لها النفقة لانها ليست بناشئة قوله وان كانت صغيرة
 لا يستمتع بها اي لا يوطأ مثلها وان كانت مثلها توطأ فلها
 النفقة والاحتباس ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح
 وهو الجماع او الدواعى الى الجماع والصغيرة التي لا تصلح للجماع
 لا تصلح لدواعيه ايضا ولهذا تجب النفقة للرتقاء والفتقاء والقرناء
 والمرأة التي اصابها بلاء تمنعه عن الجماع لبقاء الانتفاع بها
 من حيث الدواعى قوله ولنا ان المهر عوض عن
 الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد وهذا لان ما يكون
 عوضا عن الملك في المجل يجب جملة لان الملك في المجل
 يحصل للزوج جملة فلما لم يجب جملة علم ان وجوبها
 للاحتباس الموصل الى المستحق بالنكاح قوله ولكن
 تجب لها نفقة الحضر اي يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر
 لاما كان قيمة له في السفر لان هذه الزيادة لحقتها بآراء منفعة
 تحصل لها فلا يكون ذلك على الزوج قوله وان مرضت
 في منزل الزوج يريد به اذا حوت الى بيته صحيحة ثم مرضت
 ينفق عليها

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 ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه (ولا يفرض لاكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد * وقال ابو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج * ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيها فكذا اذا قام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امراته وهو ادنى الكفاية * وقوله في الكفاية اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكفى بخدمة نفسها (ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) وقال الشافعي يفرق 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 ومقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فتستوفي في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يباحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان تمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج (واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تتم لها نفقة الموسر) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقديراً لنفقة لم تجب فاذا تبدل حال فلها المطالبة بتمام حقه (واذا مضت مدة ولم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شئ لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ماضية) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لان وجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصالح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض (وان مات الزوج بعدما قضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة) وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة

قوله وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه حيث قال وان مرضت في منزل الزوج وهذا انما يكون بعد ما حولت الى بيته وان مرضت ثم حولت الى بيته فلان نفقة لها عليه وفي الذخيرة وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة وكذلك لو مرضت في منزلها الا انها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق فتستحق النفقة قسوله ونفقة خادمها ذكر في الذخيرة هذا اذا كان للمرأة خادم اما اذا لم يكن للمرأة خادم لا تفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلاثة وهو نظير القاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال كذا هنا * وعن زفر انه تفرض لخادم واحد ثم هي تقوم بذلك بنفسها او تتخذ خادماً * وفي الذخيرة ثم اختلفت مشايخنا رحمهم الله في الخادم اي خادم المرأة يستحق النفقة على الزوج * منهم من قال للمملوك لها حتى لو كان حراً ولم يكن مملوكاً لها لا تستحق النفقة * ومنهم من قال كل من يخدمها حراً كان او مملوكاً لها او لغيرها تستحق * وفي فتاوى سمرقند ان المرأة اذا كانت من بنات الاشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين * وعن ابي يوسف انها اذا كانت فائقة بنت فائق زفت الى زوجها مع خدم كثير استحققت نفقة الخدم كلها فان قال لامراته لانفق على احد من خدمك ولكن اعطى خادماً من خدمي ليخدمك فابت يجبر على نفقة خادم من خدمها فربما لا يتبها لها استخدام خدمه قسوله ويقال لها استديني عليه ذكر الحنفية ان تفسير الاستدانة على الزوج وهو الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج قسوله وفائدة الامر بالاستدانة انه اذا استدانت على الزوج بامر القاضي فرب الدين ان يرجع بذلك على الزوج كما قاله ان يأخذ من المستدينة قسوله لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي حيث يثبت الحق عليه باقراره على نفسه بدون الحجة ولا تثبت ولاية القاضي بدون الحجة قسوله وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت هذا اذا فرض لها القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة فاما اذا امرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات احدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد في المختصر * وذكر الحنفية انه يبطل ايضا والصحيح ما ذكر في المختصر لان استدانتها بامر القاضي وللقاضي ولاية عليه بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو ان الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت احدهما كذا هنا

والصلوات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض * وقال الشافعي تصير ديننا 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 شئ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد تحتسب لها نفقة ما مضى وما بقى فهو للزوج) وهو قول الشافعي * وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عرضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضى وعطاء المقاتلة * ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلوات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو ملكت من غير استهلاك لا يسترد شئ منها بالاجماع * وعن محمد انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شئ لانه يسير فصار في حكم الحال (واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها) ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فينتقل بربوبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفتدى لان حقها في النفقة لافي عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة (وان تزوج الحرامه فبأوها مولاها منزلا فعليه النفقة) لانه تحقق الاحتباس (وان لم يبؤها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس والتبوء ان يحل بينهما وبينه في منزله ولا يستخدمها * ولو استخدمها بعد التبوء سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوء غير لازمة على مامر في النكاح ولو خدمته الجارية احبانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون اسنردادا والمديرة وام الولد في هذا كالأمة

فصل

(وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك) لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لاتأمن 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

قوله والصلوات تسقط بالموت * لا يقال لو كانت النفقة صلة لما وجبت على المكاتب * لانا نقول انها صلة من وجه وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج قسوله واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع العبد ثانيا * قال شمس الاثمة السرخسي وليس في شئ من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة قسوله وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة * وقيل اذا قتل كانت النفقة في قيمة * قال الشيخ ابو الحسن القدوري وهذا ليس بصحيح لان القيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لافي دين يسقط به *

فصل

قوله وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم * قال الامام ابو منصور الباقا تريدى تأويل هذه الآية اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم يدل على صحة هذا التأويل قرأه ابن مسعود رضى الله عنه وانفقوا عليهن من وجدكم

قوله لما بينا اي لانها يتصور به فان اسكنها في منزل ليس فيها احد فشكت الى القاضي ان الزوج يضر بها ويؤذيها وسألت من القاضي ان يأمره بان يسكنها بين قوم صالحين فان علم القاضي ان الامر كما قالت المرأة زجره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها وان ذكروا انه لا يؤذيها تركها وان لم يكن في جواره من يوثق به او كانوا يميلون اليه امره ان يسكنها بين قوم صالحين ويسأل عنهم وبني الامر على خبرهم كذا في نكاح النخيرة قسوله وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر قسوله لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها فكان قضاء القاضي فتوى منه واعانة على اخذ الحق لا قضاء اذ القضاء الزام امر لم يكن لازما قبل القضاء ونفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء فكان القضاء ايقافا لها ووجب فجاز * فان قيل يشكل على هذا مالواحصر صاحب الدين غريبا او هودعا للغائب وهما معتبران فان بان هذا المدعى لدين على الغائب لا يأمر القاضي بقضاء دينه من الوديعة ومن الدين وان كانا معترفين بالدين وبمال الغائب * قلنا لان القاضي يأمر في حق الغائب بما هو نظر له وفي الامر بانفاق المرأة نظر له بابقائه ملكه وليس في قضاء الدين ابقاء ملكه بل فيه قضاء عليه بقول الغير قسوله لاسيما ههنا فان صاحب اليد لو انكر الزوجية او كونه مال الغائب لا يمكن للمرأة اقامة البينة لاعلى الزوجية ولا على كونها مال الغائب فتعين هذا الاقرار طريقا لوصول الحق الى المستحق فكان اولي بالقبول من اقرار كان لصاحب الحق امكان اثبات حقه بدون اقراره بالبينة قسوله فان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية كان ابو حنيفة يقول ولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعى حقها في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ثم رجع وقال لا تقبل بينتها على ذلك وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليسا بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه بالبينة كذا في المبسوط قسوله وكذا الجواب في الدين يعنى مديون الغائب لو اقر بدينه وبالزوجية فالحكم كذلك واما عند ابي حنيفة فانه لا يبيع على الحاضر لان البيع عليه يكون على طريق الحجر وابو حنيفة لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ قسوله ويأخذ منها كفيلا بها اي بالنفقة قال شمس الاقامة السرخسي يحلفها انه لم يعطها النفقة فاذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا * وفي ادب القاضي للخصاف ان القاضي اذا استوثق منها بكفيل فحسن وان لم يأخذ كان جاززا * قال الصدر الشهيد والصحيح ما ذكره شمس الاقامة السرخسي قسوله انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه فعند الشافعي لا تجب النفقة على غير الوالدين والولوديين ولهذا قلنا لو ظفر واحد من الاقارب بجنس حقه لم يكن له الاخذ الا بقضاء او رضاه * فالحاصل ان ما كان مختلفا فيه لا يتقوى الا بقضاء القاضي وليس للقاضي ان يوجه القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمدد ويأخذه من غير قضاء القاضي فكان حكم القاضي اعانة لا قضاء

وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت
حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة * وعمل القضاة اليوم
على هذا انه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد
فيه * وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها

فصل

(واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى فى عدتها
رجعيا كان او بائنا) وقال الشافعى لان نفقة للمبتوتة الا اذا
كانت حاملا اما الرجعى فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا
فانه يحل له الوطى واما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة
بنت قيس قالت طلقنى زوجى ثلثا فلم يفرض لى رسول الله
صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهى
مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه
بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى
وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية * ولنا ان النفقة
جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم فى حق حكم مقصود
بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة صيانتا للولد فتجب النفقة
ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا
* وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضى الله تعالى عنه
فانه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندري
صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى مادامت
فى العدة ورده ايضا زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه واسامة
ابن زيد وجابر وعائشة رضى الله عنهم (ولا نفقة للمتوفى
عنها زوجها) لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان
التر بص عبادة منها الانرى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس
بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة
تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها فى ملك
الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة
وتقيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لانه صارت حابسة نفسها بغير
حق فصارت كما اذا كانت ناشرة بخلاف المهر بعد الدخول
لانه وجد التسليم فى حق المهر بالوطى وبخلاف ما اذا جاءت
الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق
لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك
لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر

قوله وان جحد يحلف اى ان لم تكن للمرأة بينة قوله
وان عجزت يضمن الكفيل اى ان عجزت المرأة عن اقامة
البينة وقد حلف الزوج وقد انفق القاضى عليها من مال
الزوج يضمن الكفيل او المرأة قوله وعمل القضاة
اليوم على هذا اى على قول زفر يقبلون البينة من المرأة
ويفرضون النفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد
فيه * وقال فى المحيط وهو ارفق بهم وان انفق المودع
او المديون على والدرب الدين وولده او امرأته بغير امره
ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع المنفق على
من انفق قوله وفى هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها *
كان ابو حنيفة يقول اولاً يقضى بالنفقة على الغائب ثم رجوع
وقال لا يقضى * وعند محمد لا يقضى قول واحد وكان ابو
يوسف يقول اولاً تقبل بينتها على الزوجية ثم رجوع وقال لا تقبل

فصل

قوله وقال الشافعى لان نفقة للمبتوتة وهى المطلقة ثلثا
او يعوض حتى بانث عندهم جميعا الا اذا كانت حاملا
لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى
يضعن حملهن * فان قيل فمن اين يعلم ان هذه الآية فى حق
المطلقات * قلنا علم ذلك من آخر الآية حتى يضع حملهن
والنفقة فى غير المطلقات غير مغيات بوضع الحمل * فان
قيل لو وجبت النفقة فى الحامل لم يبق لتخصيص الحامل
فى النص فائدة حيث قال وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن *
قلنا لذكر الشرط والتخصيص فائدة سوى النفي وهى انه
انما خص الحامل بالذكر لان الحامل انما تستحق النفقة بقدر
ثلاثة اقراء فيقع الاشكال ان الحامل تستحق بذلك القدر
او الزيادة الى تمام مدة الحمل وان طالت فزال الاشكال وقال
لها النفقة فى جميع مدة الحمل حتى يضع حملهن قوله
وحديث فاطمة رضى الله تعالى عنها رده عمر رضى الله تعالى
عنه فانه قال لاندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة
لاندري صدقت ام كذبت * ذكر فخر الاسلام فى اصول
الفقه * وقال عيسى بن ابان اراد بالكتاب والسنة القياس
وهو ان النفقة والسكنى تعلقا بالنكاح والعدة من حقوقه
فكما بقى باعتبار هذا الحق استحقاق السكنى فكذا النفقة *
وقد روى ان زوجها اسامة بن زيد اذا سمع منها هذا الحديث
رماها بكل شىء فى يده * وعن عائشة رضى الله تعالى عنها انها
قالت تلك امرأة فتنت العالم اى بروايتها هذا الحديث وان
ثبت فتأويله ان زوجها خرج الى اليمن واكل اخاه بان ينفق
عليها خبز الشعير فابت ذلك ولم يكن الزوج حاضرا ليقضى
عليه بشىء آخر قوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة
بمعصية فلان نفقة لها اما السكنى فواجبة لها باى فرقة كانت
لان القرار فى البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها
واما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمجئى الفرقة من قبلها
بمعصية وان جامعها ابن الزوج مكره تقع الفرقة ولا تسقط النفقة

(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 المرادة تحبس حتى تتوب ولان نفقة المحبوسة والممكنة لا تحبس فلها يقع الفرق

فصل

(ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشارك فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة) لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب (وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه) لها بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولايتها عساها لان قدر عليه لعنر بها فلا معنى للجبير عليه * وقيل في تاويل قوله تعالى ولا تضار والده بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للمصبي عن الضياع قال (ويستأجر الاب من ترضعه عندها) اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها (وان استأجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز) لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات برضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال * وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام (وان استأجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز) لانه غير مستحق عليها (وان انقضت عدتها فاستأجرها) يعني لارضاع ولدها (جاز) لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية (فان قال الاب لا استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق) لانها اشفق فكان نظرا للمصبي في الدفع اليها (وان التمسست زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية

قوله وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لالعين الردة ولكن لانها تحبس فلا تكون في بيت زوجها والمحبوسة يحق عليها لا تستوجب نفقة حال قيام النكاح كالمحبوسة بالدين فكذا لا تستوجب نفقة في العدة حتى اذا ارتدت ولم تحبس بعد بل هي في بيت زوجها فلها النفقة قوله معناه مكنت بعد الطلاق هذا اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا واما المعتدة عن طلاق رجعي اذا مكنت ابنه او ارتدت فحسبت اولادها نفقة لها لان النكاح باق فكانت الفرقة حاصلة بعبسية فتسقط النفقة ولا كذلك في الطلاق البائن *

فصل

قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن * وجه التمسك بهذه الآية ان المولود له هو الاب فلما وجبت نفقة المرضعات على الولد بسبب الولد فنفقة الولد اولى ان تجب ولان اللام في قوله تعالى وعلى المولود له للاختصاص فصار الولد كالعبد ونفقة العبد تجب على المولى لا يشاركه غير المولى فكذا هنا * وفي المبسوط ويجبر الرجل على نفقة اولاده الصغار بقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن والنفقة بعد الطعام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك اذ هما لا يتفاوتان من حيث النفقة قوله وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه وعند مالك تجبر ان لم تكن شريفة قوله اما اذا كانت لا توجد من ترضعه تجبر على الارضاع * وقيل لان جبر الام في ظاهر الرواية لان الولد يتغذى بالدهن وسائر الباقعات فلا يؤدي الى الضياع والى الاول مال القدوري وشمس الاثمة قوله لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فهو امر بصيغة الخبر ولان عقد النكاح للسكن ولاسكن الا بعد اجتماعهما على اقامة المصالح ومن جملة ذلك الارضاع واصل هذا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل امور خارج البيت على علي رضي الله تعالى عنه وامور داخله على فاطمة رضي الله تعالى عنها. قوله وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ولهذا تجب النفقة فيها ولو دفع زكوته الى معتدته عن طلاق بائن او ثلث او شهد لمعتدته عن طلاق بائن او ثلث لم يجز فلا يصح استيجارها كما في حال قيام النكاح

(ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه
 كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه)
 اما الولد فلا طلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى
 نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه
 ياراه الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم
 والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبته النفقة وفي جميع ما
 ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا
 كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل

(وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا
 كانوا فقراء وان خالفوه في دينه) اما الابوان فلقوله تعالى
 وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين
 وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما
 يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات
 ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاهيائه
 فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه
 لو كان ذاملا فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال
 غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا (ولا تجب
 النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد
 والجدات والولد وولد الولد) اما الزوجة فلما ذكرنا انما
 واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحقه مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد
 الملة * واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في
 معنى نفسه فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة
 جزئه الا انهم اذا كانوا حريبين لا تجب نفقتهم على المسلم
 وان كانوا مستامين لانا نهينا عن البر في حق من يقاثلنا
 في الدين (ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم)
 وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة
 بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة
 والحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للمصلحة ومع
 الاتفاق في الدين أكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطعية
 من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى
 العلة المؤكدة فلهذا افترقا (ولا يشارك الولد في نفقة ابويه
 احد) لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولانا ويل لهما في مال
 غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهم عليه

قوله ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه
 بان اسلم الابن والاب كافر او اسلمت ام الصغير والاب كافر
 او ارشد الصغير والعياذ بالله والاب مسلم لما ان اسلم الصبي
 العاقل وارثه صحيح ثم الولد اذا لم يكن له مال فلي ان
 يكتسب وينفق على اولاده يجبر على ذلك ويحبس بخلاف
 سائر الديون فان كان الاب عاجزا عن الكسب لمابه من الزمانة
 او كان مقعدا يتكفف الناس وينفق عليهم هكذا ذكر
 في نفقات الخصاص ومن المتأخرين من قال نفقة الاولاد في
 مثل هذه الصورة في بيت المال لانه اذا كان بهذه الصفة
 تكون نفقته في بيت المال فكذا نفقة اولاده *

فصل

قوله وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده الى قوله
 وان خالفوه في دينه معناه اذا كانوا من اهل الذمة اما اذا كانوا
 من اهل الحرب فلان نفقة لهم قوله وصاحبهما في الدنيا
 معروفا نزلت في الابوين الكافرين دل عليه السياق وهو
 قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به
 علم فلانطعها وصاحبها في الدنيا معروفا اي في امور الدنيا
 بالمعروف وهي الطاعة لهما فيما لا يفسد عليك دينك وفسر
 النبي عليه الصلوة والسلام حسن المصاحبة بان يطعها اذا
 جاعا ويكسوها اذا عريا قوله لانا نهينا عن البر في حق
 من يقاثلنا في الدين قال الله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين
 يقاتلونكم في الدين واخرجوكم من دياركم قوله
 لان النفقة متعلقة بالارث بالنص قال الله تعالى وعلى الوارث
 مثل ذلك والحكم اذا رتب على اسم مشتق كان مأخذا للاشتقاق
 علة لذلك الحكم كما في قوله تعالى والسارق والسارقة
 قوله بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة
 بالحرمية بالحديث قال عليه السلام من ملك ذارحم محرّم
 منه عتق عليه * قوله ولان القرابة موجبة للمصلحة
 ومع الاتفاق في الدين أكد لان له اثر في الاحسان
 الا ترى ان الله تعالى حقق الاخوة بسبب الدين ودوام ملك
 اليمين اقوى في قطعية الرحم من حرمان النفقة فاعتبرنا في
 الاعلى اصل العلة اي في دوام ملك اليمين القرابة القريبة
 وفي الادنى اي في حرمان النفقة العلة المؤكدة اي القرابة مع
 اتفاق الدين قوله لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص
 وهو قوله عليه السلام انت ومالك لا يبيك

قوله وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصريح احرز به عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس نفقة ذوى الارحام قوله لانه المعنى يشملهما وهو ما للاب من التأويل في مالهما وكونهما اقرب الناس اليه قوله والنفقة لكل ذى رحم محرم وقال ابن ابي ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما كان او غير محرم لظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك * وقال الشافعي لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين لان استحقاق الصلة عنده باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعق احد على احد الا الوالدون والمولودون عنده او جعل قرابة الاخوة كقرابة بنى الاعمام وخمل النص على نفى المضارة دون النفقة وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنه * ولنا قول ابن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك فقيد المطلق به قد قال عمر وزيد رضى الله عنهما وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة وهذا لان نفى المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث * وقوله ذلك ينصرف الى قوله وعلى المولود لرزقهن وكسوتهن بالمعروف قوله لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار وهذا لان الاصل ان الحكم متى رتب على الاسم المشتق من معنى كان ماخذ اشتقاق ذلك الاسم علة لذلك الحكم كالزناى والسارق فكان الارث علة لاستحقاق النفقة فتقدر بقدر الارث لان الحكم يثبت بقدر علة قوله غير ان الاعتبار اهلية الارث لا احرازه اى يعتبر ان يكون وارثا في الجملة وان كان محبوبا بغيره لان سبب استحقاق النفقة حال القضاء بالنفقة قيام سبب الارث لا اجر بان الارث اذ لا يتصور اجر بان الارث حال القضاء بالنفقة لان القضاء بها حال حيوة القريب ولا يعجزى الارث حال الحيوة فلو كان للمعسر حال وابن عم فنفقته على خاله لانه محرم ويحز ميراثه ابن عمه لانه عصبه وهذا لان سبب الارث ثابت للحال فان ابن العم لو مات قبل الحال يحز ميراثه الحال * فاذا استويا في المحرمية واهلية الارث يترجع من كان وارثا في الحال فلو كان له عم وخال او عم وعمه وخالة فالنفقة على العم لاستوائها في المحرمية ويترجع العم بكونه وارثا في الحال ولو كان العم معسرا فالنفقة على العمه والحالة اثلاثا على قدر ارثها ويجعل العم كالميت * واذا اجتمع المعسرون والموسرون يقدر المعسر موسرا وتقسّم النفقة عليهم ثم يسقط نصيب المعسر ويجب كل النفقة على الموسرين كصغير له ام واخت لآب وام واخت لآب واخت لام والاخت لآب وام والام وموسرتان والاخرى ان معسرتان تجب النفقة على الام والاخت لآب وام ارباعا فاعتبرنا المعسرتين موسرتين حتى يوزع على ستة اسهم على قدر ميراثهن ثم يسقط نصيب المعسرتين بالاعسار فتبقى اربعة اسهم وهو نصيب الموسرتين فتجب كل النفقة عليهما ارباعا ثلاثة اسهم على الاخت وسهم على الام ولا يلحق المعسرتان بالاموات والاوجب النفقة على الموسرتين اخماسا خمسها على الام وثلاثة الاخماس على الاخت قوله لانه التزامه بالاقدام على العقد اى التزام نفقة الزوجة وامولده الصغير فلانه جزؤه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذا نفقة طفله

والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة
(واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه)
وقد بينا الوجه فيه (واذا باع ابوه متاعه فى نفقته جاز)
عند ابى حنيفة وهذا استحسان (واذا باع العقار لم يجز)
وفى قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له
لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك فى حال حضرته ولا يملك
البيع فى دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام فى
النفقة * ولا بى حنيفة ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب
الاترى ان للوصى ذلك فالاب اولى لوفور شفقتة وبيع
المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها
وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا فى
التصرف حالة الصغر ولا فى الحفظ بعد الكبر واذا جاز
بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه
كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له
ان ياخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه (وان كان للابن الغائب
مال فى يدا بويه وانفق منه لم يضمنا) لانهما استوفيا حقهما
لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على مامر وقد اخذنا جنس
الحق (وان كان له مال فى يد اجنبى فانفق عليهما بغير
اذن القاضى ضمن) لانه تصرف فى مال الغير بغير ولاية
لانه نائب فى الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضى لان
امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض
لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به (واذا قضى
القاضى للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فبضت مدة
سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار
وقد حصلت بمضى المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى
لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى
قال (الا ان ياذن القاضى فى الاستدانة عليه) لان القاضى له
ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير ديننا فى ذمته
فلا تسقط بمضى المدة

فصل

(وعلى المولى ان ينفق على امته وعبدته) لقوله صلى الله
عليه وسلم فى المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم
اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله
(فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا) لان فيه نظرا
للمجانبيين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك
(وان لم يكن لهما كسب) بان كان عبدا زمنا او جارية
لا يواجر مثلها (اجبر المولى على بيعهما) لانها من اهل
الاستحقاق وفى البيع ايقافا حقهما وابقاء حق المولى بالخلف
بخلاف نفقة الزوجة لانها نصير ديننا فكان تأخيرا
على ما ذكرنا ونفقة المملوك لان نصير ديننا فكان ابطالا

فصل

قوله وعلى المولى ان ينفق على امته وعبدته فان امتنع
فكان لهما كسب اكتسبا وانفقا ذكر فى التجنيس رجل له
عبد لا ينفق عليه هل للعبد ان يأكل من مال مولاه ان كان قادرا
على الكسب ليس له ذلك وان لم يكن قادرا على الكسب
له ذلك اذا اعتق عبدا صغيرا او امة لا تجب النفقة على المعتق
لانه ليس بنى رحم محرمة وان كان عصبة فصار كابن العم

كتاب العتاق

والعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ايها المسلم اعترق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامه لتعتق مقابله الاعضاء بالاعضاء قال (العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه) شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهل لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (واذا قال لعبيده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او وقد اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو) لان هذه الالفاظ صريحة فيها لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاعني ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرها (ولو قال عنيته به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة) لانه يحتمل (ولا يدين قضاء) لانه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق) لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لا ستحضر المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضى تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضى بثبوت تصديقا له فيما اخبر * وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو مالم يقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس ببناء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف (وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافة الى جز شائع يقع في ذلك الجز وسيأتيك الاختلاف فيه انشاء الله تعالى وان اضافة الى جز معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه (ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق) لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعثك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية *

قوله وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق اذا كانت الدابة كلها مملوكة لرجل لا يجبره القاضي على الانفاق عليها ولو كانت مشتركة يقول القاضي للآبي امان تبيع نصيبك وتنفق عليه رعاية لجانب الشريك وهذا لان الشريك من اهل الاستحقاق وان لم تكن الدابة من اهل ذلك * وعن ابي يوسف انه يجبر على الانفاق في البهائم ايضا وهو قول الشافعي لان فيه اضاعه المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان والاصح ما قلنا لان اجبار القاضي على الانفاق نوع قضاء ولا بد للقضاء من مقضى له وهو من اهل الاستحقاق وهو موجود في الرقيق لانه من اهل ان يستحق حقوقا على الولي وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق حقوقا على المالك فلا يصلح مقضيا له ففات شرط القضاء فامتنع القضاء *

كتاب العتاق

العتاق والعتق عبارتان عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوى وطار عن وكره ومنه عتاق الطير لاختصاصها بزيادة القوة والخسر اذا تقادم عهدا تسمى عتيقا لاختصاصها بزيادة القوة والسكبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك عن نفسها * وفي الشرع عبارتان عن قوة حكومية يصير المرء بها اهلا للملك على نفسه وعلى غيره والحرية عبارة عن خلوص يقال طين حر اي خالص عما يشوبه وارض حرة اي خالصة لاخراج لها ولا عشر * وفي الشرع عبارة عن خلوص حكيم يظهر في الآدمي بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكيم اما بازالة الملك او بازالة الرق يسمى اعتاقا وتعريرا قال الاعتاق تصرف مندوب وان لم يكن عبادة حتى صرح من الكافر دل على كونه مندوبا بالكتاب والسنة والاجماع * اما الكتاب قال الله تعالى فك رقبة وهو ان يعين في ثمنها الى ان قال الله تعالى اولئك اصحاب اليمين اذا كانت الاعانة بهذه المثابة فكيف الاعتاق * والسنة ما ذكر في الكتاب والاجماع ظاهر والمعقول فانه تمكين المكلف من اداء العبادات اجمع والتأمل في آيات الآفاق والانس كما في قوله تعالى سربهم آياتنا في الآفاق وفي انفسهم قوله لان الصبي ليس من اهله اي ليس من اهل انشاء العتق وهو اهل للمعتق بسبب الملك * وذكر في الفصل الذي يليه والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد نشابه النفقة قوله ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله يستدل بهذه المسئلة على ان الصبا حالة منافية للاعتاق فانه لما اسند الاعتاق الى تلك الحالة صح لاسناده الى حالة منافية للاعتاق فكان القول قوله لانه منكر للاعتاق والقول قول المنكر قوله لانه ليس باهل لقول ملزم * لا يقال انه اهل لقول ملزم فانه لو كان صبي في يد فاجر بالرق صح اقراره حتى لو ادعى بعده حرية الاصل لا يقبل دعواه لانه ظهر رقه حيث اقر برقه ويد صاحب اليد دليل الملك فلم تنقص يده الثابتة ظاهرا بلا حجة قوله حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ بل يتوقف على اجازة المالك قوله وسنقرره ان شاء الله تعالى اي في مسئلة يا ابني وقال فيها على ما بيناه اراد به هذا الموضع

قوله بخلاف قوله طلقتك اي في قوله اطلقتك يثبت العتق ولا يثبت في قوله طلقتك وان كانا سواء في اللفظ لان قوله طلقتك صار صريحا في الطلاق عن
الكاتب فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه * واما قوله اطلقتك فلم يستعمل فيه ثم يبينه وبين قوله خليت سبيلك مناسبة يقال اطلقه عن الشيء
الذاني سبيله فهو كقوله خليت سبيلك قوله لان السلطان عبارة عن اليد اي عن القدرة على الفعل ولا يبنى عن الملك في الذات كالسلطنة لا توجب
للسلطان ملكا في رقاب الناس انما توجب قدرة الفعل
عليهم قوله وقد يبقى الملك دون اليد اي نفي الملك
ليس من لوازم نفي اليد لانه يبقى الملك دون اليد كما في
المكاتب فلا يلزم من نفي اليد نفي الملك في قوله لاسلطان لي
عليك بخلاف قوله لاسبيل لي عليك لان نفي السبيل مطلقا
بانتفاء الملك ولهذا بقي للمولى على المكاتب سبيل حيث
يطالبه ببذل الكتابة فهذا صار قوله لاسبيل لي عليك كناية
عن العتق لانه من لوازم نفي السبيل * وعن الكرخي انه
قال فني عمري وما انتفع لي وجه الفرق بين نفي السبيل
والسلطان * والفرق على ما قيل من وجهين * احدهما ان
السلطان عبارة عن الحجة وعن اليد ونفي كل واحد منهما
لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب يثبت الملك للمولى فيه
دون اليد فامان نفي السبيل من كل وجه يستدعي العتق فان
للمولى على مكاتبه سبيلا من المطالبة ببذل الكتابة حتى لو
انتفى ذلك بالبراءة يعتق ايضا * والثاني ان العتق في نفي
السبيل محتمل وفي نفي السلطان محتمل فيثبت الاول
دون الثاني * بيانه ان نفي السلطان محتمل في الحجة ومحتمل
نفي اليد ثم نفي اليد محتمل نفي الملك ومحتمل غيره فاما نفي
السبيل محتمل انتفاءه بالعتق وبغيره يعني لاسبيل لي عليك
في اللوم والعقوبة قوله وثبت على ذلك معناه لم يقل
اخطأت او غلطت قيل ان شرط الثبات لثبوت النسب لالثبوت
العتق اذا الرجوع عن العتق لا يصح وعن النسب يصح نص
عليه فخر الاسلام قوله ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف
يثبت نسبه منه * وفي الكافي للعلامة النسفي والفرق بين ان يكون
جليبا او مولدا لان صحة دعوة المولى باعتبار الملك وحاجة
المملوك الى النسب * قلت قوله جليبا انما يصح اذا كان جليبا
غير ثابت النسب في مسقط رأسه اما اذا كان ثابت النسب
في مولده لا يثبت نسبه من المولى قوله ويعتق اعمالا
للفظ في مجازه * ذكر فخر الاسلام البردوي في اصول الفقه
انه يثبت النسب في حق المقر ويعتق بحقيقته دون مجازه
لان ذلك ممكن والنسب قد ثبت من زيد ويشتهر من عمرو
فيكون المقر مصدقا في حق نفسه قوله ينتظم الناصر
قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وقال الله تعالى
انت موليتنا وكذا ابن العم قال الله تعالى
واني خفت البوالي من ورائي قوله والثالث نوع مجاز
وهو البوالة في الدين وذلك لان المولى من الولي وهو
القرب ولا قرب بين المشرق والمغرب حقيقة وبينها بوالة
في الدين فيكون بطريق المجاز قوله واما الثاني وهو
قوله يامولاي عطى على قوله واما الاول قوله وقال
زفر لا يعتق في الثاني اي بدون النية لانه يقصد به الاكرام
بمنزلة قوله ياسيدي يامالكي * قلنا الكلام لحقيقته وقد
امكن العمل به لان قوله يامولاي حقيقة في المعتق لان له ولاء
عليه وقد تعين مرادا لما ذكر ان اسم المولى ينتظم الناصر
وابن العم والبوالة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا
انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له فصار قوله يامولاي
وقوله يا حرا يعتيق بخلاف قوله ياسيدي يامالكي لانه
ليس فيه ما يختص بالعتق لان في قوله يامولاي تثبت صفة
في العبد من جانب المنادى وهو ثابت ولاء له عليه وذلك
لا يكون الا لسابقة العتق وهو ولاء العتاقة فيثبت العتق

العتاق

(١٢٧)

قال (وكذا كنيات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رقي عليك وقد خليت سبيلك لانه يجتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخليه السبيل بالبيع او الكتابة كما يجتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نيين من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال لاسلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق) لان السلطان عبارة عن اليد وسمى السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فهذا محتمل العتق (ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق) ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثل لمثله اذكره بعد هذا * ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته * ووجه المجاز تذكره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق) اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والبوالة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين للاسفل فصار كاسم خاص له * وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتهى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر * واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء بلفظه الصريح يعتق بان قال يا حرا يعتيق فكذا النداء بهذا اللفظ * وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدي يامالكي * قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكره لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا

لانه مما يمكن اثباته في الحال من جانب المنادى اما قوله يامالكي ياسيدي لانه يثبت بهذين اللفظين صفة في العبد من جهة المنادى لانه لو ثبت بها الحرية لا يكون العبد سيدا ومالكا نمولاه فعمل على الاكرام * ولا يقال لم لا يحمل قوله يامولاي على مولى البوالة حتى لا يعتق واللفظ يحتمله كما يحتمل ولاء العتاقة * لانا نقول لم يجز عقد البوالة بينهما وهو عقد لا يقوم باحد الطرفين بل يقوم بهما فلم

يمكن حمله عليه واما ولاء العتاقة فالمولى ينفرد باثباته لانه يثبت بالاعتاق والاعتاق مما ينفرد به المولى قوله ولو قال يا بنى او يا اخى لم يعنى النداء للاعلام المنادى بالاستحضار * فان قيل لم لا يحمل على المجاز وهو الحرية كما في قوله هذا ابنى * قلنا لو لم يحمل هناك قوله هذا لانه لا يراد منه كلامه اصلا * واما قوله يا بنى لو لم يحمل على الحرية لا يخلو كلامه بل يحمل على معنى مقصود في النداء وهو استحضار المنادى مع ان النداء لا يراد منه المعنى ولا يلتفت اليه ولكن انما تثبت الحرية بقوله يا حر مع وجود هذا الاصل لما ان لفظ الحرية لما كان من صريح اللفظ العتق قام اللفظ الصريح مقام معناه فصار كأنه اثبت ذلك المعنى فيه اولا ثم استحضر بالنداء بخلاف لفظ الابن فانه ليس بصريح فيه

كتاب

(١٢٨)

العتاق

(ولو قال يا ابنى او يا اخى لم يعنى) لان النداء للاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضار الاله بوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه * 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 شاذا انه يعنى لان الامر والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعنى لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بنى او يا بنية لانه تصغير للابن والبنوت من غير اضافة والامر كما اخبر **(وان قال للغلام لا يولد مثله مثل هذا ابني عتق عند ابي حنيفة) وقال لا يعنى وهو قول الشافعى لهم انه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق * ولا ي حنيفة انه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حرية من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحرية اما اجها ما او صلة للمقاربة واطلاق السبب ارادة السبب مستجاز في اللفظ تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه حرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما يمكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه * ولو قال هذا ابى او امى ومثله لا يولد لثلمها فهو على الخلف لما بينا * ولو قال لصبي صغير هذا جدى قيل هو على الخلف**

وقالا والشافعى رحمهم الله لا يعنى كلام محال فيرد كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق بخلاف معروف النسب ويولد مثله لمثله لان كلامه محتمل لجواز ان يكون مخلوقا من ماء بالوطى * عن شهة وقد اشتهر نسبة من الغير الا ترى ان ام الغلام لو كانت في ملكه تصير ام ولد له شبهه ولا تصير ام ولد له ههنا * ولا ي حنيفة انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه وهذا بناء على ان المجاز خلق عن الحقيقة في الحكم عندهما فيقتضى تصور الحكم ولا تصور لحكم الحقيقة هنا بخلاف معروف النسب فان النسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرو فكان الاصل متصورا فيجوز اثبات المجاز خلفا عنه * وعند ابي حنيفة المجاز خلق عن الحقيقة في حق التكلم لافي حق الحكم لانه تصرف من المتكلم واقامة كلام مقام كلام فتشترط صحته من حيث انه مبتدأ وخبر وقد وجد وتعمر العمل بحقيقته وله مجاز متعين فصار مستعارا لحكمه بلانية كالنكاح بلفظ الهبة وان كانت الحركة لاتقبل حكم اصل الهبة وهو ملك الرقية قوله اجماعا او صلة للمقاربة يعنى البنوة في المملوك سبب لحرية اما اجها ما على حسب الاختلاف بيننا وبين الشافعى فيما هو العلة فان علة الحرية تقربا للولادة عنده وعندنا المقاربة المحرمة للنكاح يقال اما اجماعا باى علة كانت اول لعة التى قلنا وهي صلة للمقاربة المحرمة للنكاح وكيف ما كان البنوة سبب الحرية واطلاق السبب على المسبب جائز مجازا بخلاف قوله اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق فانه اضاف العتق الى حالة تنافى تصور الاعتاق منه اصلا ورأسا فتعين الالغاء بخلاف ما اذا اقر بقطع يد صحيح اليد لان قطع اليد خطأ سبب لوجوب مال فكيف في السنتين لا يمكن اجابه بدون القطع وما يمكن اجابه من مطلق المال لا يكون القطع سببا له فتعذر جعل الاقرار بقطع اليد مجازا عن الاقرار بمطلق المال على ان قطع اليد سبب لوجوب المال على العاقلة فلو جعل مجازا عن الاقرار بوجوب المال لكان هذا اقرارا بوجوب المال على العاقلة والاقرار على الغير باطل * ولا يقال بانه لم لا يجعل اقرارا بما يخصه من الدية لان لازمة قطع اليد بوجوب المال موزعا على العاقلة فياجب المال قصرا على واحد من العوائل لا يكون لازمة قطع اليد فلا يصح المجاز بخلاف الحرية فانها لا تختلف باختلاف اسبابها فما هو لازم البنوة امكن ثبوته بالاقرار وما ثبت بالاقرار عين ما كان لازما بالبنوة * فان قيل على ما قال ابو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله كان ينبغي ان لا يصح قولهم هذا اسد للانسان الشجاع ولا خلاف لاحد في صحته * قلنا هذا ليس من هذا الباب فان الغرض منه التشبيه والمراد هنا كاسد ولو كان مستعارا فمبناه على التشبيه استعارة الاسد للشجاع وادعى انه هذا الهيكل المخصوص بالالفة في التشبيه وانما يحصل الغرض هنا اذا لم يتصور حكم الحقيقة فلا يكون من هذا الباب في شىء * وانه ظاهر

(وقيل)

قوله اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما * فان قيل الحرية الثابتة في قوله هذا ابني وغيرهما من الاحكام والحرية الثابتة بحقيقة البنوة ايضا كما في ارش اليد على ما ذكر وذلك لان الحرية الثابتة بحقيقة البنوة موجهة للارش وحرمة الصاهرا لانتفاوت ذاتا وهو زوال الرق ولا يتفاوت حكما اصليا وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات كلها وكانت الحر يمتان سواء وما ذكرته من الثمرات فلا يزال به

وقيل لا يعتق بالاجماع والفرق لابي حنيفة ان قوله هذا جدي لاموجب له في الملك
 الابواسطة وهو المذکور في غير المذکور والمذکور لاموجب له بنفسه الابواسطة غير مذکورة فلا تصح الاستعارة بخلاف
 من هذا ابي لان المذکور هو البنوة ومن موجبه الحرية في الملك بلا واسطة فتصح الاستعارة قسوله ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية
 وعن ابي حنيفة انه يعتق * ووجه الروايتين ما بيناه * وجه ظاهر الرواية ما ذكر في مسئلة الجدي انه لاموجب لقوله هذا جدي الابواسطة وتلك الواسطة
 غير مذکورة وكذلك قوله هذا اخي لاموجب له الابواسطة الاب والام لانه عبارة عن مجاوزة في صلب اورحم وتلك الواسطة غير مذکورة * وجه
 ما روى عن ابي حنيفة انه يعتق وهو رواية الحسن عنه ان
 للاخوة في ملكه موجبا وهو العتق كما في قوله هذا ابي *
 وذكر في البسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا
 ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا اخي
 لابي ولا يبي يعتق من غير تردد لما ان يطلق الاخوة مشترك *
 قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة *
 وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم
 هودا * وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشارك لا يكون
 حجة بدون البيان * وفي مجموع النوازل لو قال لغلامه هذا
 عمي او قال هذا خالي او قال لامته هذه عمتي او هذه خالتي
 يعتق ولو قال هذا اخي او هذه اختي لا يعتق لان الاخ اسم
 مشترك بخلاف اسم العم والخال * فان قيل البنوة ايضا تختلف
 بين رضاعة ونسب فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا
 ابي قلنا ان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة
 قسوله ولو قال لعبد هذا ابنى فقد قيل على الخلاف وقد
 قيل هو بالاجماع اي يعتق لان المشار اليه اذا لم يكن من
 جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو باع نساء على انه ياقوت
 فاذا هو زجاج فالبيع باطل والنكر والاثني من بنى آدم
 جنسان مختلفان فاذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى
 تعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ولا يمكن تصحيح
 الكلام ايجابا ولا اقرارا في المعدوم قسوله وكذا ملك
 النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأييد من شرطه
 والتأقيت مبطالا ولو كان النكاح في حكم ملك النفع
 لكان التأقيت من شرطه والتأييد مبطالا كما في الاجارة
 قسوله وعمل اللفظين اي قوله انت حر انت طالق قسوله
 ولهذا يصح التعليق فيه اي في الاعتاق وانه مما يوضع كون
 عمله في الاسقاط قسوله اما الاحكام تثبت بسبب سابق
 جواب للشافعي عن قولنا ان الاعتاق اثبات القوة ولهذا
 تثبت به احكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فلا يشبه الطلاق
 الذي هو اسقاط محض قال ان الاعتاق اسقاط ايضا بدليل
 صحة التعليق فيهما ولا يريد على ثبوت تلك الاحكام لانها
 ثابتة بسبب سابق وهو كونه مكلفا غير ان الرق كان مانعا
 وبالاعتاق زوال المانع فصار كالطلاق قسوله ولنا انه
 نوى ما يعتمله لفظه كما لو قال اسقني ونوى به العتق
 وهذا لان الطلاق لا يحتمل العتاق حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا
 لانه لا يكون بلا مشابهة ولا مشابهة بينهما لان الاعتاق اثبات القوة
 اذ العبد الحق بالاموات لان الرق اثر الكفر وهو موت حكما
 وبالاعتاق يحيى ويقدر ويصير اهلا للملكية والطلاق
 رفع القيد لانها بعد النكاح بقيت حرة قادرة كما كانت
 لكنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج وبالطلاق
 يرتفع المانع فتظهر القوة الكاملة فيها ولان اليمين فوق
 ملك النكاح بدليل انه يدخل فيه ملك المتعة تبعا ولا يعكس
 فكان اسقاطه اقوى لانه يزيل اقوى للملكين ولانه يزيل
 ملك الرقية وملك المتعة في محل ومن شرط المجاز انه لا يكون
 عمله في محل المجاز اقوى من عمله في محل الحقيقة لان عمله في
 محل حقيقته ازالة المانع من الفعل فقط وفي محل المجاز اثبات
 القدرة ازالة الضعف ولا شك ان الثاني اقوى ولهذا لا يعتق بان طالق وان نوى به العتق وتطلق بان نوى به الطلاق * فان قيل ملك النكاح
 في حكم ملك العين فيكون رفعه في حكم رفع ملك اليمين ايضا * قلنا ولكنه في الحقيقة ليس بملك عين فانها حرة مالكة نفسها فلم يكن ما يرفع

وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لاموجب له في الملك
 الابواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان
 يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا
 في الملك من غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر
 الرواية * وعن ابي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه
 ولو قال لعبد هذا ابنى فقد قيل على الخلاف * وقيل
 هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق
 الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح
 (وان قال لامته انت طالق او بائن او تحمري ونوى به
 العتق لم تعتق) وقال الشافعي تعتق اذا نوى وكذا على
 هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال
 مشايخهم * له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة
 اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا
 ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأييد من شرطه
 والتأقيت مبطالا وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو
 الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت
 بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا تصح لفظة العتق
 والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه * ولنا انه نوى ما لا
 يحتمل لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع
 القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر
 ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع
 وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى
 ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى
 واللفظ يصاح مجازا عما هو دون حقيقته لاعما هو فوقه فلهذا
 امتنع في المتنازع فيه وانساع في عكسه (واذا قال لعبد انت
 مثل الحر لم يعتق) لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض
 المعاني عرفا فوق الشك في الحرية (ولو قال ما انت الا حر عتق)
 لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما في كلمة
 الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لانه تشبيه
 بخلاف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لانه اثبات الحرية
 فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

القدرة ازالة الضعف ولا شك ان الثاني اقوى ولهذا لا يعتق بان طالق وان نوى به العتق وتطلق بان نوى به الطلاق * فان قيل ملك النكاح
 في حكم ملك العين فيكون رفعه في حكم رفع ملك اليمين ايضا * قلنا ولكنه في الحقيقة ليس بملك عين فانها حرة مالكة نفسها فلم يكن ما يرفع

ذلك الملك في معنى ما يرفع ملك الرقبة من كل وجه * فان قيل الادمى خلق من السكا لنفسه بحيث ينطلق حيث شاء وبملك اليمين يتمتع فالنكاح في النكاح * قلنا لا كذلك بل الادمى حيوان كالبهيمة وبكونه حيوانا لا يملك نفسه ولا غيره بل بصفة الحرية بملك وهذه الصفة نزول بالرق فتزول المالكية وهي علة ملك الانطلاق شرعا وبالتحرير تثبت المالكية لان نزول بالنكاح بل النكاح يمنع استعمال العلة مع وجودها وهنا هنا تسقط القوة بالمرض فيداوى فيقوى على المشى والموتق يرفع وثاقه فيقدر على المشى فلا يكون بين رفع الوثاق وبين اثبات القوة بالانطلاق تشاكلا * **فصل** **قوله** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله ابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم **قوله** واللفظ بعمومه ينتمى كل قرابة اى لفظ ذا رحم محرم عام كانه اراد به العام بعموم الصفة لان ذا رحم يستدعى موصوفا لا محالة فيكون المعنى من ملك انسانا ذا رحم محرم منه **قوله** فهو حر الضمير يرجع اليه فيعم بعمومه ثم عند اصحاب الظواهر منهم داود الاصفهاني اذا ملك قريبه لا يعتق بل يوثق لاقوله عليه السلام ان يميزى ولد والده الا ان يجهد مملوكا فيشتره فيعتقه ففيه تنصيص على انه يستحق عليه اعتاقه ولو عتق بنفسه الشراء لم يكن لقوله عليه السلام فيعتقه معنى ولان القرابة لو اوجبت رفع الملك لم تعتق وقوعه كما في ملك النكاح فلما لم يمنع ثبوت الملك لم يمنع البقاء بالطريق الاولى * ولنا ان الفاء للوصل والتعقيب يقتضى ان يكون معتقا بدلك الشراء لا بلفظ مبتدأ كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اى بذلك الطعام والسقى لانه وصار معتقا بفعل مبتدأ قد يوجد ذلك وقد لا يوجد فلا يتحقق معنى التعقيب والعتق صلة فلا يتحقق الا بعد الملك وانتفاء ملك النكاح لحرمة المصل وهو موجود قبل العتق **قوله** ولادا او غيره والشافعي يخالفنا في غير الولاد لان العتق اقوى الصلات فينابط اقرب القربيات وهو الولاد لكان الحرية والاصل هو الاتفاق بين البعض والكل فجعل ملك الرجل وولده واباه كملك نفسه والعبد اذا ملك نفسه عتق فكذا اذا ملك اباه او ولده **قوله** والاخوة وما يضاهاها وهي القرابة المتوسطة تتجاوز في الاصلب والارحام كالاعمام والاخوال وبنبيهم وقد اختلفت بالمعبدة في الشهادة والقود والزكوة وحل الخليفة وامتناع التكتاب فكذا في هذا الحكم **قوله** فامتنع الاتحاق اى بالقياس لان الحكم في الاصل ثابت مع منافاة القياس فلا يجرى في مثله القياس **قوله** او الاستدلال اى امتنع دلالة النص ايضا لان قرابة الاخوة ادنى مرتبة من قرابة الولاد ويشترط في الدلالة مساواة الفرع الاصل من كل وجه **قوله** ولهذا امتنع التكتاب ببيان الفرق بين الولاد وغيره **قوله** حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ايضا لكون الولاد ملغى في الاصل وهو قرابة الولاد وقد اجمعنا بالعتق فيها عند الملك فكذا في القرابة الموبدة بالحرمة وقد وجبت النفقة فيها وحرم النكاح تحقيقا للصلة المفترضة وتحرزا عن القطيعة المحرمة فلان يعتق اولى اذ بقاء المالك اعلى من القطيعة * ولا يقال ما ذكر من وجوب النفقة لا يلزم الخصم لانه لان نفقة في غير الولاد عنده * ولانا نقول يلزمه لانه لما ثبت وجوب النفقة لذى الرحم المحرم بقوله **تعالى** وعلى الوارث مثل ذلك لم يعتبر انكار منكر بعده * فان قيل ان حرمة النكاح اسرع ثبوتا من العتق الاترى ان حرمة النكاح تثبت بالرضاع ولا يثبت به العتق فلم يلزم لذلك من ثبوت حرمة النكاح ثبوت العتق * قلنا كلامنا في حرمة كانت صيانة عن النكاح تحقيقا للصلة وليس للرضاع اثر في وجوب الصلة الاترى انه يجزى التوارث ولا وجوب النفقة في الرضاع فعلمنا ان حرمة النكاح لم تثبت في الرضاع صلة بل النص اثبت حرمة فيه كما اثبت حرمة نكاح المشركة فان **قوله** ولا فرق بينا اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام انما قيده لان الحرى لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه **قوله** لعموم العلة وهو الملك مع القرابة فان قيل العتق وجب صلة كالنفقة ولم تجب النفقة عند اختلاف الدين * قلنا ايجاب النفقة يثبت بالنص باسم الوارث فاعتبر فيها الارث والعتق يثبت بالنص باسم ذى رحم محرم فلم يعتبر الارث **قوله** والاقتراض عند القدرة يعنى صلة الرحم فرض ولكن القدرة شرط والقدرة للمكاتب على كتابة اخيه لان الكتابة نوع عتق ولا قدرة له على الاعتاق بخلاف الولاد لان مقصوده ان يعتق بجميع اجزائه فيسرى العتق الى قريبه ولادا تحقيقا لمقصوده وعن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ وهو قولهما * قلنا ان نضع وحل وضع الزكوة لا يدل على حرمة صلة العتق فالزكوة نفسها صلة ولكن لم يعط بين الاباء والابناء لان التملك لم يعط للاشتراك في المنافع ولا كذلك بين الاخوين وكذا الشهادة لانيه لانصح لانه كالشاهد لنفسه من حيث انه جر النفع وقد عدم في الاخ وكذا وجوب القصاص لان الابن يقتل بابيه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك فتبين ان الولد انما لا يقتل اباه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك لان الشرع حرم عليه قصد الاب كرامة للاب لانه يعتق عليه لملكه وكذا حل الخليفة لان الوحشة التي تلحق الانسان تجعل حليلته لغيره دون الوحشة التي تلحقه بلزوم الطاعة فهو الحق الملك فان لم تجب الصيانة عن ادنى الامرين بالحرمة بالرحم لا يدل على انه لا يجب عن الاعلى **قوله** لان المحرمة ما ثبت بالقرابة والامة اذا اجتمعت على ان المراد بالمحرم المحرم بسبب القرابة

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينظم كل قرابة مؤيدة بالحرمة ولادا او غيره والشافعي يخالفنا في غيره * له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس اولا يقتضيه والاخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الاتحاق او الاستدلال به ولهذا امتنع التكتاب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه * ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمة فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بينا اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجزى مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام بقدره على الاعتاق والاقتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا لمقصود العقد * وعن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما فلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخن من الرضاع لان المحرمة ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد

حرمة النكاح تثبت بالنسب غير القرابة وليس كلامنا فيه (نشابه)

قوله ولا فرق بينا اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام انما قيده لان الحرى لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه **قوله** لعموم العلة وهو الملك مع القرابة فان قيل العتق وجب صلة كالنفقة ولم تجب النفقة عند اختلاف الدين * قلنا ايجاب النفقة يثبت بالنص باسم الوارث فاعتبر فيها الارث والعتق يثبت بالنص باسم ذى رحم محرم فلم يعتبر الارث **قوله** والاقتراض عند القدرة يعنى صلة الرحم فرض ولكن القدرة شرط والقدرة للمكاتب على كتابة اخيه لان الكتابة نوع عتق ولا قدرة له على الاعتاق بخلاف الولاد لان مقصوده ان يعتق بجميع اجزائه فيسرى العتق الى قريبه ولادا تحقيقا لمقصوده وعن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ وهو قولهما * قلنا ان نضع وحل وضع الزكوة لا يدل على حرمة صلة العتق فالزكوة نفسها صلة ولكن لم يعط بين الاباء والابناء لان التملك لم يعط للاشتراك في المنافع ولا كذلك بين الاخوين وكذا الشهادة لانيه لانصح لانه كالشاهد لنفسه من حيث انه جر النفع وقد عدم في الاخ وكذا وجوب القصاص لان الابن يقتل بابيه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك فتبين ان الولد انما لا يقتل اباه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك لان الشرع حرم عليه قصد الاب كرامة للاب لانه يعتق عليه لملكه وكذا حل الخليفة لان الوحشة التي تلحق الانسان تجعل حليلته لغيره دون الوحشة التي تلحقه بلزوم الطاعة فهو الحق الملك فان لم تجب الصيانة عن ادنى الامرين بالحرمة بالرحم لا يدل على انه لا يجب عن الاعلى **قوله** لان المحرمة ما ثبت بالقرابة والامة اذا اجتمعت على ان المراد بالمحرم المحرم بسبب القرابة

نشابہ النفقة (ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى اول للشيطان او للصنم عتق) لو جود ركن الاعتاق من اهل في محله ووصف القرية في اللفظ الاول زيادة فلا يخلت 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) * واما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي وقد بيناه في كتاب الطلاق * واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجزي فيه التعليق بخلاف التوكيلات على ما عرف في موضعه (واذا خرج عبد الحربى الينا مسلماعتق) لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائفي حين خرجوا الينا مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وان اعتق حاملا عتق حملها) تبعها لها اذ هو متصل بها (ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها) لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعها لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا (ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال) اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشترط بدل العتق على غير العتق لا يجوز على ما مر في الخلع * وانما يعرف قيام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقبل من سنة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل قال (وولد الامة من مولاهها حر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاهها (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجع جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائه والمنافاة متحققة والزوج قد رضى به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ماضى به (وولد الحرة حر على كل حال) لان جانبها راجع فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمر فوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

(واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقال يعتق كله) واصل ان الاعتاق يتجزى عنه فيقتصر على ما اعتق

قوله نسابه النفقة اي كما يجب على الصبي والمجنون نفقة الابوين وولد المجنون وكل ذخرهم محرم منهما فكذا العتق على الملك قسوله واما التعليق بالشرط فانه صحيح في الملك بلا خلاف بيننا وبين الشافعي قسوله ولا استرقاق على المسلم ابتداء اعترز به عن الاسترقاق بقاءه لان الرق جزاء الكفر لكنه في حالة البقاء صار من الامور الحكيمة فيصح بقاءه كما يصح بقاء الاملاك بعد وجود اسبابها قسوله ولو اعتق الحمل على مال بان قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف درهم عليك فقبلت ثم ولدت لاقبل من ستة اشهر فهو حر تيقنا بوجود ما في البطن حين علق عتقه بقولها وقد وجدتها القبول قسوله على ما مر في الخلع المذكور في باب الخلع ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى يجوز ولم ينكر اشتراط بدل العتق على الاجنبى قسوله وولد الامة من مولاهها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل اي الاصل ان يكون حكم الجزء حكم الكل ولا معارض له فيه اي للاب في هذا الاصل لان الامة تبع للمولى فيكون ماؤها تبعها ايضا ولا معارضة بين التبع والاصل لعدم المساواة بخلاف ما اذا كانت منكوبة فان ماؤها يكون معارضا لمائه فيصار الى الترجيع فيرجع ماؤها لان ماها صار مستهلكا بماؤها لان ماها في موضعه وماؤه انتقل من موضعه والشئ في محله اقوى *

باب العبد يعتق بعضه

قوله واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر اي زال الملك عن ذلك البعض ولم يرد به حقيقة العتق وانما اراد به ثبوت اثره وهو زوال الملك وقد نص عليه في البسوط انه لا يعتق شيء منه باعتاق البعض ولا خلاف ان الرق والعتق لا يتجزيان وانما الخلاف في الاعتاق * وقال صاحب الميزان في طريقته ان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات القول يتجزى او حكمه يتجزى بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف * وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق البعض هل يوجب زوال الرق عن الكل ام لا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المظهر قيقا ولكن زوال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل

وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله * لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء * ولاي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزى والملك متجزى كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل ويجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزله مكاتبا اذ هو مالك يدا لارقبة والسعاية كبذل الكتابه فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاء متجزى عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي الفقة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاء (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 وقالوا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبين على حرفين احدهما تجزى الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع * لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمه تنافي الشركة * وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فلان يضمه

قوله وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي فقوله مثل قولهما انما اذا كان المولى واحدا وكان المعتق موسرا اما اذا كان معسرا يبقى ملك الساكت كما كان حتى يجوز لان يبيع ويهب عنده ما يبيعه في الكتاب قوله ولاي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة للملك * ووجه المغايرة هو ان في الوجه الاول يكون الاعتاق اثبات القوة بواسطة ازالة الملك فتكون ازالة الملك علة للاعتاق وهو اثبات القوة حكيمها * وفي الوجه الثاني تكون ازالة الملك عين الاعتاق قوله والرق حق الشرع لانه جزاء الاستنكاف فان الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جازاهم بان جعلهم عبيد عبيده والجزاء ما يجب لله تعالى على مقابلة فعل العبد فيكون حقه ولهذا سمي القطع جزاء لانه خالص حقه قوله او حق العامة لان الغانمين يستغنونوه كما يستغنون سائر الجمادات من الاموال فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا الى الانتفاع بهم ويكون معونة لهم على اقامة التكاليق فلو جعلنا الاعتاق ازالة للرق قصدا لكان العبد مبطال الحق الغير قصدا ولو جعلناه ازالة للملك قصدا وثبت في ضمنه زوال الرق وثبوت العتق لكان فيه ابطال حق الغير ضمنا والمهر لا يتمكن من ابطال حق الغير قصدا ويتمكن من ابطال حق نفسه قصدا ثم يبطل به حق غيره ضمنا الا ترى ان العبد المشترك اذا اعتق احدهما نصيب صاحبه لم يجوز ولو اعتق نصيبه يتعدي الى نصيب صاحبه بالعتق والفساد ضمنا قوله وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره والاصل ان حكم التصرف لا يكون متعديا عن محل التصرف الى محل آخر وانما يتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزى والملك متجزى كما في البيع فيبقى على الاصل قوله والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله اي باعتبار العتق لانه لا يتجزى اولانه لما اسقط ملكه عن بعض العبد وجب ان تثبت للعبد ولاية في ذلك البعض ولا تثبت المالكية في ذلك البعض الاثبوتها في الكل قوله لانه اسقاط لا الى احد لان الكتابة اسقاط يده الثابتة الى العبد بالعوض فيكون عينه باقيا فيمكن رده اليه بواسطة انعدام البديل المقابل بها ولا كذلك في فصل السعاية لان التصرف انما يثبت له بواسطة سقوط الملك في البعض وهو اسقاط لا الى احد فلا يبقى ذلك فلا يمكن القول برده قوله والاستيلاء متجزى عنده جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء قوله ملكه بالضمان وانما يملكها بدون رضاه الساكت لانه لما ثبت النسب تحققت العلة لثبوت العتق بها وعملت عملها في بعض المحل فتحقت الضرورة الى تملك نصيب صاحبه اذ العمل بالعلة في البعض دون البعض غير مشروع كمن استولى على مباح واراد ان يملك البعض دون البعض وتملك مال الغير عند الضرورة ببدل يعد له جائز في حالة المخيصة * وهذا بخلاف ما اذا استولدها بالنكاح لانه ثبته لم تعمل العلة في شيء منها وتأخر عمل العلة الى زمان وجود الشرط جائز قوله تبين على حرفين والحرف الثاني يرجع الى الحرف الاول لان الاعتاق لما كان يتجزى لم يعتق نصيب الساكت وبقي مملوكا لكن بصفة الفساد لا يجوز بيعه ولا هبته وقد وجد جهتا الضمان من المعتق بالافساد بطريق التسبيب والثاني اعتبار المالية في يد العبد فيميل الساكت الى ايها شاء وعندهما لما كان لا يتجزى عتق الكل فلا يتصور احتباس

المالية في يد العبد غير ان المعتق ان كان موسرا فعليه الضمان وان كان معسرا فعليه السعاية بالنص * ثم اختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله
 في رواية اذا افتار العتق او السعاية علم انه هو الواجب من الاصل وعندهما الضمان هو الاصل * وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات العبد
 او المعتق الموسر قبل التضمين او الاستسعاء فعلى الرواية الاولى له حق التضمين لان الضمان هو الاصل فلا يسقط بالموت كما في الغصب وعلى الرواية
 الثانية ليس له ذلك لان الضمان يثبت بشرط ملك التضمين وذلك لا يتصور بعد الموت وكذا لو مات العبد وترك اكسابا فعلى الرواية الاولى
 ليس له اخذ الاكساب بطريق السعاية لان الضمان هو الاصل فيكون استكسابا بعد الموت وذلك لا يجوز بعد موت العبد وعلى الرواية الثانية
 له ان يأخذ الاكساب لان الواجب احدهما فتبين ان الواجب من الاصل هو الاستسعاء فيكون اكتسابا قبل الموت وبوت المكاتب لا تبطل
 الكتابة في اخذ الاكساب قوله كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والفته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر
 موسرا كان او معسرا لما قلنا اى احتست ما لبتته عنده * فان قيل هذا القياس وقع معارضا لحديث القسمة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان كان غنيا ضمن
 وان كان فقيرا سعى العبد وكل قياس هو مخالف للنص فهو

كتاب العتاق

(١٣٣)

باب العبد يعتق بعضه

مردود * قلنا ذكر القسمة في الحديث بلفظ الشرط وهو يقتضى
 الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم على اصلنا
 فجازله ان يستسعى عند وجود الدليل وان كان موسرا وفائدة
 القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا قسوله ثم المعتق يسار
 التيسير * وذكر في العيون وهو المختار ان الموسر في ضمان
 العتق من يملك ما يساوى نصف المعتق سوى المنزل والخادم
 ومتاع البيت وثياب الجسد وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية
 يوم الاعتاق فكذا حال المعتق في يساره واعساره وان قال اعتقت
 وانا معسر وقال الساكت خلافه ونظر اليه يوم ظهر العتق
 كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الباء وجريانه واختيار
 الساكت في تضمين المعتق ابراء للعبد واختياره ان يقول
 اخترت ان اضمنك او يقول اعطني حقي * وعن محمد رحمه الله
 ان يتراضيا على الضمان او يقضى به القاضى * وفي الروايات
 كلها اذا اختار الاستسعاء لم يملك تضمين الشريك لانه ليس
 في الاستسعاء نقل الملك فلا يتوفى على قضاء ولا رضاء خلاف
 التضمين ولو مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فعن
 ابي حنيفة رحمه الله ليس له تضمين المعتق لان التضمين بشرط
 نقل الملك الى المعتق وقد فات النقل بالموت * وفي المشهور عنه
 التضمين لان الضمان يستند الى حالة الاعتاق كما في تضمين
 المتلفات وعندهما الضمان واجب ولو باع الساكت نصيبه
 من المعتق او وهب على عوض فالقياس ان يجوز كالتضمين *
 وفي الاستحسان لان هذا تمليك للحال وهو غير محل له
 بخلاف التضمين فانه تضمين من وقت الافساد وهو محل له
 قوله مما سوى الاعتاق وتوابعه مثل التدبير والاستيلاء
 قوله لما بينا اى احتست مالية نصيبه قوله ولانه
 ملكه بالاداء ضمنا كما ينبغي ان لا يملكه لانه مكاتب
 قال انما يملك ضمنا لاداء الضمان لا قصدا والضمانيات لا تعتبر
 وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق وان شاء استسعى
 والولاء له اى في نصيبه قوله باجماع بيننا اخترز به عن
 قول ابن ابي ليلى فان عنده يرجع العبد بما سعى على المعتق
 لانه يسعى لفكك رقبته عند ابي حنيفة اولا يقضى ديننا على
 المعتق على قولهما لانه حرمدين عندهما فيقضى ديننا
 عليه لا على المعتق بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر
 حيث يرجع على المعتق باعتبار انه يسعى في رقبته قد فكك
 على قول ابي حنيفة وباعتبار انه يقضى دين المعتق على
 قولهما وقول الشافعى في الموسر كقولهما وقال في المعسر
 يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب * وهذا

كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والفته في صبغ غيره حتى
 انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا
 لما قلنا فكذا هنا لان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتق يسار
 التيسير وهو ان يملك من اموال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار
 الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما فصدته المعتق من
 القربة وايصال بدل عاق الساكت اليه * ثم التخريج على قولهما
 ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية
 عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله
 من جهته لعدم التجزى * واما التخريج على قوله فخييار
 الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين
 لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو
 ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق
 بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك
 بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان
 الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعى ان شاء والولاء
 للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان
 وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى
 لما بينا * والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع
 المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكك
 رقبته اولا يقضى ديننا على المعتق اذ لا شىء عليه لعسرته
 بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبته
 قد فكك او يقضى ديننا على الراهن فلهذا يرجع عليه * وقول
 الشافعى في الموسر كقولهما * وقال في المعسر يبقى نصيب
 الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين
 الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان

(الهداية مع الكفاية) ١٨

بمخالفة النص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقفا من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر كفى عتق
 بقبته ولو بقي رقيقا كما كان لم يكفى عتق نفسه * وقال ابن ابي ليلى اذا استسعى العبد يرجع على المعتق لانه الزمة هذه العهدة قصدا *
 وقلنا هذا ضمان له بدل وهو حصول العتق له وكل ضمان له بدل لا يثبت الرجوع اولانه لم تلزمه هذه العهدة قصدا وانما يلزمه هذا في ضمن
 صحة تصرف المالك وكم من شىء يثبت ضمنا وان كان لا يجوز قصدا * وقول زفر كقول ابن ابي ليلى الا ان عند زفر يرجع المعتق على
 العبد ايضا * وعند ابن ابي ليلى لا يرجع المعتق على العبد لانه ضامن نصفه * وقال ربيعة وهو استاذ مالك رحمه الله اذا اعتق احد
 الشريكين لا يعتق اصلا كيلا يتضرر شريكه وقد قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام * قلنا ان هذا النص مشترك الدلالة فانه لولم
 يفتقر تصرفه في ملكه التام لتضرر به * وروى ان ابا يوسف رحمه الله ناظر مع ربيعة في هذه المسئلة فقال رأيت لورضى به صاحبه فتعير بيعة وانما تعير لانه

ولا راض به ولا الى اعتاق الكل الاضرار بالساكت فتعين ما عيناه * قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبني السعاية على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للملكية 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 والاخر معسرا) لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عندك وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تبينا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهدا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمن لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلاهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولائه له وعتق نصيبى بالسعاية وولائه لي * (وقال ابو يوسف ومحمدان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعائته بدعوى العتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لافتراره على نفسه (وان كانا معسرين سعى لهما) لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر (وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر منهما) لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسعى للمعسر منهما) لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيل على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما (ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا اعتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته) لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا التي درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تبينا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجود الكل

لو قال جاز كان فيه ترك مذهبه ولو قال لم يجز لكان فيه ابطال علقته * وقال بشر يعتق كله كما قالوا الا ان الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا قياسا على اطلاق سائر الاموال * ونحن تركنا القياس بالنص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد بينه وبين غيره ان كان موسرا ضمن نصيب صاحبه والا سعى العبد غير مشقوق عليه اي على العبد * وهذه المسئلة مسدسة لما فيها من الاقوال الستة **قوله** ولا راض به اي العبد غير راض بفعل الاعتاق لان الرضا لا يتحقق الا بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا **قوله** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه وهذا بعد ان يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعى العتق على صاحبه ووجوب الضمان له او السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما للآخر كذا في الايضاح **قوله** كاذبا كان او صادقا لانه ان كان صادقا كان العبد بمنزلة المكاتب في حقه عند ابي حنيفة وان كان كاذبا كان العبد مملوكا واياما كان فله ولاية استسعاء واستكسابه **قوله** ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه حالتي اليسار والاعسار في احد الشيئين التضمن او السعاية ولا يمكن لكل واحد منهما تضمين الشريك لوجود الشريك الاعتاق من جهته فتعين السعاية ويكون الولاء بينهما لان كل واحد منهما يعترف ان نصف الولاء لصاحبه بالاعتاق والنصف له بالسعاية فيكون الامر في حقهما على ما اتفقا عليه **قوله** ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجود الكل وبه فارق الشهادة بالعتق فهناك لم يتيقن بسقوط شيء من السعاية عن العبد لجواز ان يكون كل واحد منهما كاذبا فيما يشهد به على صاحبه

والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لابعينه
او بعينه ونسيه ومات قبل التذكار او البيان ويتأني التفرغ
فيه على ان اليسار يمنع السعاية اولا يمنعا على الاختلاف
الذي سبق (ولو حلقا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما
بعينه لم يعتق واحدهما) لان المقضى عليه بالعتق مجبول وكذلك
المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد
المقضى له والمقضى به معلوم فطلب المعلوم المجبول
(واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب)
لانه ملك شقص قريبه وشراه اعتاق على مامر (ولا ضمان
عليه) علم الآخر انه ابن شريكه اولم يعلم (وكذا اذا ورثا
والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى
العبد) وهذا عند ابي حنيفة وقالوا في الشراء يضمن الاب
نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في
نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكه بجهة
او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد
حلق بعته ان اشترى نصفه * لهما انه ابطال نصيب صاحبه
بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار هذا كما اذا كان العبد
بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه * وله انه رضى بافساد
نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة
ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء
القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان
افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط
بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية
عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا
الطعام وهو مملوك الامر ولا يعلم الامر بملكه (وان بدأ
الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر
وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب)
لانه ما رضى بافساد نصيبه (وان شاء استسعى الابن في
نصف قيمته) لاهتباس ماله عنده وهذا عند ابي حنيفة
لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالوا لا خيار له ويضمن
الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما
(ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة وقالوا يضمن اذا كان موسرا) ومعناه اذا
اشترى نصفه ممن يملك كل فلا يضمن لباعه شيئا عنده
والوجه قد ذكرناه (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فادبر
احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر

قوله والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع * فان قيل في
التوزيع فساد ايضا وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق
واجابه للمعتق * قلنا نعم لكن بطريق الضرورة فاننا لو لم
نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد رحمه الله
كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه ولو قلنا بالتوزيع كان
فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع اولى بقوله
واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الابى زال ملكه
عن حصته بقوله وكذا اذا ورثاه * صورته امرأة اشترت
ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن اخ وزوج كان النصف للزوج
يعتق عليه * او كان لرجلين ابن عمه له جارية فزوجها احدهما
فولدت ولدا ثم مات ابن العم فورثاه عتق الولد على الاب *
او امرأة لها زوج واب ولها غلام وهو ابو زوجها فماتت هذه
المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وابيها قوله وله انه رضى
بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا بان
قال له اعتق نصيبك فانه لا ضمان له قوله ودلالة ذلك انه شاركه
فيما هو علة العتق قوله وهذا ضمان افساد في ظاهر
قولهما انما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روى عن ابي يوسف
رحمه الله ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار * وعن
ابي يوسف رحمه الله في رواية ان ضمان الاعتاق ايضا ضمان
تملك حتى لا يسقط حق الشريك في التضمين بالاذن قوله
حتى يختلف باليسار والاعسار هذا ايضا لقوله ضمان افساد
ابى ضمان افساد نصيب الساكت يكون ضمان التسيب
وذلك مبنى على صفة التعدي فاذا يختلف باليسار والاعسار
اذ الموسر متعدد لانه يكون لاحراز ثواب الاعتاق ويمكن
له ذلك بطريق آخر وهو اعتاق عبد غير مشترك فلا يكون
مضطرا في ذلك والمعسر مضطر اليه فلا يكون متعددا بقوله
ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه *
وروى الحسن بن زياد عنه انه فرق بين العلم وعدمه لان
رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما به * فان قيل لو قال احد
الشريكين لآخر ان ضربت العبد اليوم سوطا فهو حر فضربه
سوطا يضمن الخالف للضارب ان كان موسرا * قلنا الضرب
شرط والرضاء بالشرط لا يكون رضاء بالسبب وهنا رضى
بالعيب حين شاركه في علة العتق وهو الشراء * فان قيل
الرضاء بالشرط من المرأة كالرضاء بالسبب في اسقاط حقها عن
الارث فليكن في مسألة الضرب كذلك * قلنا القرار يثبت
بشبهة العد وان فيبطل بشبهة الرضاء بمباشرة الشرط وهذا
الضمان وجب بحقيقة العدوان وهو الائتلاف والافساد فلم
يبطل الاجمعية الرضاء صريحا او بمباشرة العلة دون الشرط
بقوله ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله قيد به لانه
اذا اشترى من احد الشريكين نصيبه يضمن للآخر بالاجماع
قوله والوجه قد ذكرناه وهو ما ذكر انه رضى بافساد نصيبه

قوله فارادوا الضمان هذا على طريق التغليب حيث ذكر بلفظ الجمع والمعنى لا يريد الضمان أصلا قوله فلنك واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب ومعنى ثبوت هذه الخيارات ان تصح منه هذه التصرفات ان فعل مالا يؤدي له في الاعتاق والاستسعاء لما فيه من افساد نصيب الشريك لانه كان متمكنا من الانتفاع بنصيبه على ملكه الى وقت الموت وبعد الاعتاق والاستسعاء لا يتمكن فاذا اعتقه الآخر بقيت هذه الخيارات للساكت قسوله اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة عندنا الاصل في ضمان المال ثبوت الملك في المضمون تحقيقا للمعادلة حتى صح اقرار المأذون بالغصب * فان قيل لو كان الغصب ضمان معاوضة لبطل القضاء بالضمان بالافتراق لاعتق قبض فيما اذا اغصب مدهن فضة فانكسر عنده وقضى عليه بقيمته من الدينانير واقترا لا عن قبض ومع هذا لا يبطل القضاء * قلنا الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة ان لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فلا يظهر كونه معاوضة فيما عداه اذ الثابت ضرورة لا يعدو موضعها قسوله لانه عند ذلك مدبر اي عند الاعتاق مدبر * وفي بعض النسخ لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضاه المكاتب بفسخه وهذا غير صحيح لانه عند الاعتاق ليس بحر ولا مكاتب والمستسعى عند ابي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكنه لا تفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح عند الاعتاق مدبر فانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك كذا نقل عن ابن المصنف * وقيل المراد بقوله حر انه مدبر كني بالحريفة عن التدبير لانه يقضى عليها

قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا فيه اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم قيمته نصف قيمة القن * وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هومدة عمره من حيث الحرز والظن قسوله ولا يضمنه قيمة مامله بالضمان من جهة الساكت لان الاعتاق وجد قبل تملك المدبر نصيب الساكت ولكنه يستسعى العبد في ذلك ولو ضمن الساكت المدبر نصيبه ثم اعتقه الثاني كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثي قيمته ثلثة مدبرا وثلثة قنا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله ان يضمن كل ثلث نصيبه ويرجع المعتق على العبد بما ضمنه للمدبر وانما يضمن اذا كان موسرا لانه ضمان الاعتاق وانه يختلف باليسار والاعسار * فان قيل المضارب بالنصف اذا اشترى برأس المال وهو الذي عديت قيمة كل الف فاعتقها رب المال عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان او معسرا وهذا ضمان عتق ومع هذا لا يختلف * قلنا هذا ضمان اعتاق هو افساد لاضمان سرية الفساد والاصل ان افساد الملك متى كان بطريق السرية كالعبد المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه يختلف الضمان باليسار والاعسار ثم الضمان يجب بافساد الملك لان الاعتاق صادف كل واحد منهما مملكا لرب المال لا اشتغاله برأس المال غير انه انما يضمن للمضارب لتعلق حق المضارب بمالية رجع كل واحد من العبدتين

قوله هو ثابت من وجه دون وجه لانه من حيث انه ثبت ابتداء عند اداء الضمان لم يكن ثابتا قبله ومن حيث انه مستند الى سبب وجوب الضمان يكون ثابتا قبل اداء الضمان فيكون ثابتا من وجه دون وجه فيظهر في حق الضمان والمضمون له دون غيرها لما عرف ان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **قوله** فهي موقوفة يوما اي عن خدمة سيدها ويكتسب فيه ما ينفق على نفسها قسوله ثم تكون حرة لاسبيل عليها لانها لما ادب النصف عتق النصف فعتق

فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق والمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالوا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا) واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنك اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلنك واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعى العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضاه المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلقى وفيه المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاء لان الاعتاق لانه ضمان جنابة والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال (واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة وقالوا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها) لهما انه لما لم يصدفه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فخرج الى الاعتاق بالسعاية

قوله * كما ولد النصراني إذا سلمت فإنها تقوم قيمة عدل وتسعى في قيمتها لتعريف أباها في ملك المولى ويده بعد إسلامها وإماره على الكفر فتخرج
الحرية بالسعاية * قوله فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستسعاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا
بغيره أنه لا يجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستسعاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا
المقر يزعم أنها أم ولد صاحبه فله أن يستديم الملك الى موته والمنكر يزعم أنها فيه مشتركة بهما بخلاف ما إذا شهد أحدهما على صاحبه
بالعق في زعم المقر تعذر استدامة الملك فيها وليس للمقر أن يستخدمها لأنه يزعم أنها أم ولد الغير ولا أن يستسعيها لأنه بدعوى الاستيلاء
يضي ضمان التملك ويتبرأ عن السعاية وإن مات المنكر عتقت لأقرار
باب العبد يعتق بعضه (١٣٧)
كتاب العتاق

كلام ولد النصراني إذا سلمت * ولابي حنيفة أن المقر
لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف
الخدمة فيثبت ما هو المقتضى به وهو النصف والخدمة
لشريك للمشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك
بدعوى الاستيلاء والضمان والأقرار بامومية الولد يتضمن
الأقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن
أن يجعل المقر كالمستولد (وإن كانت أم ولد بينهما فاعتقها
أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة) وقالوا
يضمن نصف قيمتها) لان ماليتها أم الولد غير متقومة عنده
ومتقومة عندهما وعلى هذا الأصل تبنتى عدة من المسائل
أوردناها في كفاية المنتهى * وجه قولهما أنها منتفع بها وطئا
وأجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا
يسقط تقومها كما في المدبر الأتري أن أم ولد النصراني
إذا سلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير أن قيمتها
ثلث قيمتها فنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد
الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية
والاستخدام باقيان * ولا يخفى أن التقوم بالأحرار وهى
محروزة للنسب لا للتقوم والأحرار للتقوم تابع ولهذا اتسعى
لغيرهم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها
متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما
عرف في حرمة المصاهرة 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
فانفرقا وفي أم ولد النصراني قضينا بتكاتها عليه دفعا للضرر
عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

فقالوا كما ولد النصراني إذا سلمت فإنها تقوم قيمة عدل وتسعى في قيمتها لتعريف أباها في ملك المولى ويده بعد إسلامها وإماره على الكفر فتخرج
الحرية بالسعاية * قوله فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستسعاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا
بغيره أنه لا يجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستسعاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا
المقر يزعم أنها أم ولد صاحبه فله أن يستديم الملك الى موته والمنكر يزعم أنها فيه مشتركة بهما بخلاف ما إذا شهد أحدهما على صاحبه
بالعق في زعم المقر تعذر استدامة الملك فيها وليس للمقر أن يستخدمها لأنه يزعم أنها أم ولد الغير ولا أن يستسعيها لأنه بدعوى الاستيلاء
يضي ضمان التملك ويتبرأ عن السعاية وإن مات المنكر عتقت لأقرار
باب العبد يعتق بعضه (١٣٧)
كتاب العتاق

الى زمان بطلان الاهلية ويمكن ان يقال الاصل ان المعلق سبب عند وجود الشرط فالمدبر تعليق العتق بالموت فكان امتناع البيع والهبه ضرورة
تحقيق مقصود المدبر وينعقد سببا للحرية عند الموت كما في سائر التعليقات ولذا اعتبر من الثلث بعد قضاء الديون يظهر ان المراد من قوله
وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت اي في حق سقوط التقوم وثبوت الحرية وبدل عليه انه اخرج هذا الكلام بمقابلة أم الولد ومن قوله
في باب التدبير جعله سببا للحال اولى في حق امتناع البيع والهبه فيرتفع التناقض قوله فقضينا بتكاتها اي جعلنا هذا في معنى المكتبة دفعا
للضرر من الجانبين من جانب أم الولد ومن جانب النصراني وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم لانه مقابل بفك الحجر وفك الحجر
غير متقوم لانه اسقاط اولا ان ملكه فيها محترم وإن لم يكن متقوما وقد احتسب عندها لمعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وإن لم
يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بهال متقوم ثم اذا احتسب نصيب احد الشريكين عند القابل يلزمه بدله او يقال ان الذى يعتقد فيها المالية
والتقوم ومحرزها لذلك لانه يعتقد جواز بيعها وانما بنى في حقهم الحكم على اعتقادهم كما في مالية الحجر *

باب عتق احد العبدین

(ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرین عند ابی حنیفة وابی یوسفی وقال محمد كذلك الا فی العبد الاخر فانه یعتق ربعه) اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستواءهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربحا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل وهو الذي سماه في الكتاب آخر ارفيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاغ النصف المستحق بالتالي في نصفه فما اصاب المستحق بالاول لهما وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع ولانه لو ارید هو بالتالي یعتق نصفه ولو ارید به الداخل لا یعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالتالي والنصف بالاول واما الداخل فمحمد يقول لهما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك نصيب الداخل * وهما يقولان انه دائر بينهما وفضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال (فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة حاجتها الى ثلثة الارباع فنقول یعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرین من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال امد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ويعتق من الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجهت استقام الثلث والثلثان * وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه یعتق من الداخل عند سهمه فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي الخرج مامر (ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه

باب عتق احد العبدین

قوله ثم مات ولم يبين وما دام حيا يؤمر بالبيان لان الابهام منه فان معنى بالكلام الاول الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه عتق دائر بين الحر والعبد فان قيل العتق اليهم معلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء فلا يصير جامعا بين الحر والعبد فينبغي ان لا يبطل الايجاب الثاني قلنا العتق اليهم وان كان معلقا بشرط البيان الا ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه فالنظر الى كون البيان انشاء يقتضى ان لا يبطل الاعتاق الثاني فيفيد العتق في الداخل والنظر الى كونه اظهارا يقتضى ان يبطل والعتق في الداخل لم يكن فلا يثبت بالشك فبطل الايجاب الثاني وان معنى بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول ويؤمر ببيان الكلام الثاني لصحته لكونه دائرا بين العبدین هذا اذا بدء بالكلام الثاني وقال عنيت به الثابت عتق الخارج بالكلام الاول لان الكلام الاول كان دائرا بينهما فاذا عتق الثابت بالكلام الثاني يعتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل الايجاب الاول لان حال وجود الايجاب الاول كانا رقيقين بيقين لان العتق على الثابت انما يقع بالايجاب الثاني بعد وجود الايجاب الاول بخلاف المسئلة الاولى * وان قال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول فان لم يبين المولى شيئا ومات احداهم فالموت يبين ايضا فان مات الخارج تعين الثابت بالايجاب الاول لوزل المرحوم وبطل الايجاب الثاني وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت يراحمهما ولم يبق وان مات الداخل خير في الايجاب الاول فان عنى به الخارج تعين الثابت بالايجاب الثاني وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني لئلا ممر فان لم يمت واحد منهم واكن مات المولى قبل البيان شاغ العتق بينهم على اعتبار الاحوال فان قيل ينبغي ان يعتق كل واحد ولا يسعى في شيء اخر جوا من الثلث اولا عند ابی يوسفی ومحمد رحمهما الله لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فاذا ثبت في بعضه ثبت في كله قلنا الاعتاق عندهما لا يتجزى لانه صادف محلا معلوما اما اذا ثبت بطريق التوزيع باعتبار الاحوال فلا لانه حينئذ ثبت ضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها قسوله فما اصاب المستحق بالاول لغاها فان قيل لم لا ينصرف ما اصاب الثابت من الايجاب الثاني الى نصفه الفارغ تصحيحا للتصرف بقدر الامكان كما في عقد الصرف * قلنا لولم يصرف الجنس في عقد الصرف الى خلافه يلزم بطلان اصل العقد وهنا ان لم يصرف العتق الى نصفه الفارغ لم يبطل اصل الاعتاق ولان مقصود العاقدين تصحيح تصرفهما ثمه وانما جاز ان يكون المراد من الايجاب الثاني الاخبار لا الانشاء على اعتبار ان يكون المراد بالاول هو الثابت فاذا لم يتيقن بكونه قاصدا للانشاء في الايجاب الثاني جرينا على قضية شيوع الكلام

قوله وقيل هو قولها ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمايم تفرعاتها في الزيادات والفرق واضح على اصل ايضيفة رحمه الله لان الاعتاق عند تجزى فكان الرق الثاني ثابت فصح الايجاب الثاني من كل وجه كما مر واما الطلاق فلا يتجزى فاذا اصابها جزء من الطلاق صارت مطلقة فكان جامعا بين المطلقة وغير مطلقة فاقلا احدكما طالق فلا يصح انشاء وقوعه اخبارا فلم يصح الايجاب الثاني بكل حال ولان العتق المعلق بشرط البيان فلا يكون الايجاب الثاني مترددا بين الصحة والبطلان واما الطلاق في حق البراءة عن المهر لا يقبل التعليق بالشرط فيكون الايجاب الاول في حق هذا الحكم وهو البراءة عن المهر مترددا بين الصحة والبطلان فنزل حكمه وهو سقوط نصف المهر لكان التردد الى الربع موزعا على الثانية والداخله فيفيد سقوط الثمن من مهر كل واحد منهما * والفرق لابي يوسف انه يوجد شخص متردد الحال بين الحرية والرق ويكون محلا لانشاء العتق وهو المكاتب والثابت بهذه المثابة لتردد حاله بين الرق والعتق فيكون محلا للايجاب الثاني فامكن تصحيح الكلام الثاني من هذا الوجه بكل حال فاما في الطلاق فلا يوجد شخص متردد الحال بين ان تكون مطلقة او مسكوحه ثم يصح ايقاع الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه * فقلنا ان صح سقطه نصف المهر وان لم يصح لم يسقطه شيء فيسقطه ربع المهر ثم يتردد هذا الربع بين الداخلة والثابتة فيصيب الداخلة نصف الربع وهو الثمن فلها سقط ثمن مهرها * ولا يقال المعتدة مترددة الحال لان هذا طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدة واما حكم الميراث للداخلة نصفه والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان لان الداخلة وارثة بيقين ولا يراحمها الا امرأة واحدة لان احد الاخرين مطلقة بيقين بالايجاب الاول * وهذا لانه ان اريد بالايجاب الاول الثابتة بطل الايجاب الثاني فكانت الداخلة وارثة وان اريد بالايجاب الاول الخارجة فلا يوجب الثاني دائر بين الثابتة والداخلة وليست احدهما بالولى من الاخرى فينتصف الارث بينهما فكيف ما كان فالداخلة وارثة ولا تراحمها الا امرأة فالنصف لها والنصف الآخر بين الاخرين نصفان وعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة احتياطا لاحتمال كونها مسكوحه ولا تتصور عدة الطلاق لعدم الدخول قوله وكذا اذا استولد احدهما بان وطى * احدهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له فمن ضرورة صحة امومية الولد واستحقاق العتق انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احدهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة قوله للمعنيين * احدهما انه يبق محلا للاعتاق ومن كل وجه والثاني انه قصد الابقاء على ملكه الى زمان الموت قوله والمعنى ما قلنا اي من قصده الوصول الى الثمن قوله في المحفوظ عن ابي يوسف اي سمع منه ولم يكتب عنه في الرواية * فان قيل لو قال احد هذين ابني او احدي هاتين ام ولدي فمات احدهما لم يتعين القائم للعتق او الاستيلاء * قلنا لانه اخبار عن امر سابق والاخبار يصح في الحي والميت بخلاف البيان لانه في حكم الانشاء فلا يصح الا في الحي * فان قيل لو اشترى احد العبدتين وسمى لكل واحد ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات احدهما تعين البيع في الهالك وهذا تعين العتق في القائم * قلنا لا فرق بينهما اذ الهالك يهلك على ملكه في الفصلين ولانه حين اشرف احدهما على الهلاك تعين البيع فيه لتعذر رده كما قبض وانما يتعين للبيع وهو حي وهذا لو تعين العتق فيه لتعين بعد الموت لانه بالاشراف على الهلاك لا يخرج عن عملية العتق وبعد الموت هو ليس بعتق فتعين في القائم ضرورة والكتابة وتعليق عتق احدهما بالشرط كالتدبير والرهن والايضاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع

(١٣٩) باب عتق احد العبدتين

كتاب العتاق

وقيل هو قولها ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمايم تفرعاتها في الزيادات (ومن قال لعبيده احد كما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتى 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 والمقصود ان يتفاني العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين * ولا فرق بين البيع الصحيح والفساد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا * والغرض على البيع ما عتق به في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامراتيه احديكما طالق ثم ماتت احدهما لما قلنا وكذا لو وطى * احدهما لما تبين (ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقال تعتق) لان الوطى لا يجعل الا في الملك واحدهما حرة فكان بالوطى مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق * وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطئها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطئها على مذهبه الا انه لا يفتى به * ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطى يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطى يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة

كالبيع * فان قيل الاجارة لا تختص بالملك بدليل جواز اجارة الاحرار * قلنا الاجارة على وجه يستحق الاجر لا تكون الا بالملك فتكون تعيينا دلالة وذكر التسليم في الهبة والصدقة وقع اتفاقا نص عليه في المحيط والايضاح قوله لما قلنا اي لم يبق محلا للطلاق قوله ثم يقال العتق غير نازل الخ هذا البيان ما ادعاه من حل الوطى * لان الحل كان ثابتا فلما زال انما يزول بالعتق والعتق المعلق بشرط البيان ولهذا المعنى لو قال لعبيده احد كما حر ثم شجا فواقع العتق على احدهما كان ارشهما للمولى او يقال ان كان نازلا انما ينزل في المنكرة قوله فيظهر في حق حكم تقبله كالبيع فان المنكر يقبل البيع بان اشترى احد العبدتين على ان يشتري بالخيار فيهما يصح واما المنكرة فلا تقبل الوطى * لانه امر حسي فلا يقع في غير المعين فلا يمكن ووطى * غير المعينة لذلك فلا يكون الوطى * بيانا في الاخرى بخلاف الطلاق فان بوطى * احدهما في باب الطلاق يأتي بهما والمعظم من المقاصد في باب النكاح فيعبر بيانا كما لو باع احدهما فيمنع فيه لانه اتى بالبيع بهما والمعظم من المقاصد في ملك اليمين والوطى * في ملك اليمين ليس من معظم المقاصد الا ترى ان شرى المجوسية وشرى من يحرم عليها وطئها برضاع او صورية يجوز بخلاف النكاح

فالمقصود من وطئها قضاؤه الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبراء
 (ومن قال لامته ان كان اول ولد تلديه غلاما
 فانست حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايها
 ولد او لا 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 تبعها اذا الام مرة عقيم ولديها
 وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اول اهدم الشرط
 فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف اما الغلام يعرف
 في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو
 المولود اول وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قول 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 حر يتهما فعتقتا ولو
 كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً والمسئلة مجالها عتقت الام
 بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير
 معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تثبتني على
 الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة
 هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكنة بثبت عتق الجارية
 بنكول المولى دون الام لما قلنا والتخليف على العلم فيما
 ذكرنا لانه استخلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما
 ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال (واذا شهد رجلان
 على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عندنا بخفيفة
 الا ان يكون في وصية) استحسنانا ذكره في العتاق (وان
 شهد انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على
 ان يطلق احديهن) وهذا بالاجماع (وقال ابو يوسف
 ومحمد الشهادة في العتق مثل ذلك) واصل هذا ان الشهادة
 على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عندنا بخفيفة وعندهما
 تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحه مقبول من
 غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد
 شرطا عنده لم تتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من
 المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة * وعندهما ليس بشرط
 فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى
 لا يوجب خلا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهد
 انه اعتق احدى ائمتيه لا تقبل عندنا بخفيفة وان لم
 تكن الدعوى شرطا فيها لانه انما لا تشترط الدعوى
 لما انه يتضمن تحرير الفرج فشابه الطلاق

قسوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلديه غلاما الى ان قال
 عتق نصف الام ونصف الجارية وقال في المبسوط وذكر محمد
 في الكيسانيات وهذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل
 بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى
 بالله ما يعلم انها ولدت الغلام او لانا نكل عن اليمين فنكوله
 باقراره وان حلف بهم ارقا * واما جواب الكتاب في فصل آخر
 وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان اول ولد تلديه غلاما فانست
 حرة وان كانت جارية نهى حرة فولدتها جميعا ولا يدري ايها
 اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت
 الغلام اولاً نهى حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولاً
 فالجارية حرة والغلام والام رقيقان والام تعتق في حال دون حال
 فيعتق نصفها والغلام عبد يقيم والجارية حرة يقيم اما
 يعتق نفسها او يعتق الام قسوله وبهذا القدر يعرف ما
 ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى وجميع الوجوه ستة *
 احدهما ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايها اول وجواب الكتاب
 انه يعتق نصف الام ونصف الجارية باعتبار الاحوال * والثاني
 ان تدعى الام ان الغلام اول وانكر المولى ذلك وقال الجارية
 هي الاولى والجارية صغيرة والجواب ان القول قول المولى مع
 يمينه لما ذكر في الكتاب * والثالث ان يتصادقوا ان الغلام
 اول والجواب انه عتقت الام والبنت ورق الغلام لانه لا حظ
 له من العتاق في عموم الاحوال * والرابع ان يتصادقوا ان الجارية
 هي الاولى والجواب انهم ارقا * والخامس ان تدعى الام ان
 الغلام اول ولم تدع الجارية شيئاً وهي كبيرة والجواب انه حلف
 المولى فان حلف لم يثبت شيء وان نكل عتقت الام دون
 البنت لان النكول حجة ضرورية * والسادس ان تدعى
 البنت دون الام فالجواب على عكس هذا قوله والشهادة
 على عتق الامة اي الامة المعينة وطلاق المنكوحه مقبول من
 غير دعوى بالاتفاق قسوله لان الدعوى من المجهول
 لا تتحقق وذلك لانا لو صورنا دعوى احدهما من غير تعيين
 كانت الدعوى من المجهول وهي لا تصح وكذا اذا ادعى ايضاً
 لا تصح لانها معينان وصاحب الحق غير معين فلم تكن دعوى
 احدهما دعوى من صاحب الحق ولان الدعوى عينتها لا تكون
 مطابقة للشهادة لان الشهادة على احد العبدتين لا على العبدتين
 قسوله لما انه يتضمن تحرير الفرج اي عتق الامة يتضمن
 تحرير فرجها على مولاها وذلك حق الشرع وفيما هو حق
 الله تعالى الشهادة تقبل حسبة من غير دعوى كما في الشهادة
 برؤية هلال رمضان وحد الزنا والشرب والطلاق * فان قيل
 فعلى هذا ينبغي ان يكتب بشهادة الواحدة لانه امر ديني وخبر
 الواحد فيه حجة تامه قلنا خبر الواحد انما يكون حجة في الامر
 الدينى اذا لم يتضمن ازالة حق العبد وهنا يتضمن ازالة
 الملك والعالية وهو حق العبد وخبر الواحد لا يكفي لذلك
 فلهذا قلنا لا بد من ان يشهد رجلان

والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار
كشهادة على عتق احد العبدین وهذا كله اذا شهدا في صحته على
انه عتق 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
يقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما
هو الوصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث
ولان العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما
خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احد كما مر
فقد قبل لا تقبل لانه ليس بوصية * وقيل تقبل للشيوخ هو الصحيح

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
وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا
لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل
عتق لما قلنا قال (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 على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من
اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر
وله جارية حامل فولدت ذكر الم يعتق) وهذا اذا ولدت لستة
اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين
احتمال اوجود 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 العبد الضعيف وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال
كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها (وان قال
كل مملوك املكه حر بعد غدا او قال كل مملوك لي
فهو حر بعد غدا وله مملوك فاشترى اخر ثم جاء بعد
غد عتق الذي في ملكه يوم حلف) لان قوله املكه للحال
حقيقة * يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل
له من غير قرينة وللإستقبال بقرينة السين اوسوف فيكون
مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما
بعد الغد فلا يتناول ما يشتره بعد اليمين (ولو قال كل
مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله
مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت
اليمين مدبر والاخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث)
وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم

قوله والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج * فان قيل
اذا كانت هي اخته من الرضاع قبلت الشهادة على عتقها
مع جودها وليس فيه تحريم الفرج * قلنا فيه معنى الرضا
لان عمل المولى قبل العتق لا يلزمه الحد وبعد العتق يلزمه
على ان الامة في انكار العتق متهمة لما لها من الحظ في الصحة
مع المولى ولا معتبر بانكار المتهمة في انكاره فجعلت
كالمدعية وهذا كالشهادة القائمة بالمال على الصبي مع اقرار
الوصي فانها تقبل وان كانت الشهادة انما تقبل في حق
المنكر دون المقر الا ان اقراره مردود شرعا فكان منكرا معنى
فكذا الانكار من الامة لما كان مردودا شرعا للتهمة صارت
مدعية تقديرا قوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية
اي سواء وقع في حالة الصحة او في حالة المرض قوله والخصم
في الوصية انما هو الوصي وهو معلوم وعنه خلف وهو
الوصي او الوارث فانزل الوصي او الوارث مدعيا للعتق
خلفا عن الميت بتقبل الشهادة وانما يجبر على البيان اذا انكر
لان حق غيره تعلق بحق لاجل مدعيا كيلا تكون دعوى
العبد شرطا وجعل مدعيا عليه حتى يجبر على البيان توفيرا
للمحققين قوله لانه ليس بوصية اي نظرا الى الوجه الاول
من وجهي الاستحسان لانه لما لم يكن وصية لم يكن الميت
مدعيا تقديرا * وقال بعض تقبل لان العتق شاع فيهما بعد
الموت وهو الوجه الثاني من وجهي الاستحسان *

باب الحلف بالعتق

قوله (ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو
حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لانه مملوك
له يومئذ * فان قيل لا يجب الا يصح الا في الملك ومضافا الى الملك
ولم يوجد * قلنا فتوجد لانه اضاف العتق الى مملوك لزمان
الدخول لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت فاعتبر قيام
الملك وقت الدخول * قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ
لم يعتق اي الذي اشتراه بعد اليمين وهذه اليمين لا يتناول
الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب الا ان يعينهم وكذا
عبيد عبك التاجر * وهو قول ابي يوسف سواء كان على العبدین
اولا وعلى قول محمد عتقوا نواهم اولوا عليه دين اولاه وعلى
قول ابي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذ نواهم والا فلا وان كان
عليه دين لم يعتقوا وان نواهم ويدخل التدبير والمدبرة ولم
الولد ولدهما والذکر والانثى لان اسم المملوك عام وكذلك
يدخل فيه العبد الموهون لان الملك لم يخل فيه وثو قال
عنيت به الذكور دون الاناث لم يصدق في القضاء لان اللفظ
عام فلا يصح التخصص بمجرد النية في الحكم ولو قال عنيت
به ما استقبال عتق ما كان في ملكه وما سيملكه في المستقبل
لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته في ابطال
حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لانبات العتق فيما يستقبل لانه
قصد اثباته بل فظ محتمل قوله ولهذا لا يملك بيعه منفردا وكذا
لا يجوز اعتاقه عن كفارة يمينه وكذا لا تجب عنه صدقة الفطر
وكذا اذا حلف لا يشترى مملوكا يشترى جارية حامل لا يجت

حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا إذا قال كل مملوك لى إذا مت فهو حر * له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مديرا دون الآخر * ولهما ان هذا ايجاب عتق وايضا حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيد بعد الوصية في الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انها يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مديرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايضا يتناول الذى يشترطه اعتبارا للحالة المترتبة وهى حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبالا محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لى او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايضا والحالة محض استقبال فافتراقا * ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال * لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

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 للحال كما فى البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصاح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال (ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماخونا) وذلك مثل ان يقول ان ادبت الى الف درهم فانت حر * ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتب لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رفهه فى الاكتساب بطلبه الاداء منه

قوله والحالة الراهنة أى الموجودة القائمة وانما سميت بالحالة الراهنة لان الرهن هو الحبس والبرء محسوس فيهدون الذى يليه قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه جواب سؤال وهو ان اللفظ لم يتناول فلم يعتق اذا بقى ملكه يوم مات * فاجاب ان هذا الكلام ايجاب عتق وايضا فمن حيث انه ايجاب عتق يتناول المملوك الحالى ولا يتناول المستحدث لان الايجاب يصح مضافا الى الملك او سبب الملك ولم يوجد فى حق المستحدث واحد منهما فلا يتحقق فى حقه التدبير المطلق ويتناول المستحدث من حيث انه ايضا فاذا تناولها الايجاب صار الذى يملكه وقت التكلم مراد به بلا احتمال فصار مديرا فلم يجز بيعه فاما الذى ملكه فيما يستقبل فانه لم يصير مرادا لان ما بين حال التكلم وحال الموت مستقبل محض وليس من الحال فى شىء فاذا باعه فقد باعه قبل وجوب حق العتق فصح فاذا لم يبعه حتى بقى على ملكه الى وقت الموت يتناوله الايجاب حينئذ لكونه واقعا على حال الموت فوجب له العتق وصار موصى له فزاحم الاول فى الثلث فوجب ان يقسم الثلث بينهما فيضرب كل واحد منهما فى ذلك بقيمته بخلاف قوله بعد غد لانه يتناول الحالة الراهنة * وانما الحق المستقبل بالحال اذا قام عليه الدليل وهو الايضا الذى يتصل بحال الموت فالحق حال الموت بالحالة الراهنة ولم يبق الدليل فى تلك المسئلة لان بعد الغد استقبال محض وليس من الحال فى شىء فانترقا * فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال لان الحالة المترتبة استقبال محض وذا لا يجوز لان قوله املكه حقيقة للحال مجاز للاستقبال عند البعض وعند البعض هو مشترك بينهما فيؤدى الى الجمع بين الحقيقة والمجاز او الى تعميم المشترك وكلاهما لا يجوز * فلنا هذا الكلام يتناول الموجودين حال الاعتاق ولكن حال الاعتاق من وجه حال المتكلم ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عند الموت ولكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم حالة واحدة من حيث انه حال العلة والموجود عند الموت كذلك فصار المتناول من حيث المعنى حالة واحدة ويقال هذا الكلام ايجاب عتق وايضا والايجاب لا يصح الا فى الملك او مضافا الى سببه فيتناول المملوك من حيث انه ايجاب حتى يصير مديرا ويتناول من يشترطه من حيث انه ايضا فجمعنا بينهما بسببين مختلفين وانما لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا كاختلافهم فى قوله لله على ان اصوم رجيا ونوى به النذر واليمين فان ابا يوسف لم يجمع بين النذر واليمين لان احدهما حقيقة والاخر مجاز وهما جوزاه لانه نذر بصيغته يمين بموجبه والتعقيق هو الاول *

باب العتق على جعل

قوله ومن اعتق عبك على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لى عليك الف او على الف تؤديها او على ان تعطنى الف او على ان تجزنى بالف فقبل العبد عتق وما شرط دين عليه لانه التزيمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للالتزام وقد تأكدت بالعتق ويجوز ان يجب المال عليه وان لم يملك ما قبله من ملك المولى كما يجب المال على المرأة بقبول الطلاق وان لم تملك شيئا بقبولته قسوله حتى تصح الكفالة به لانه دين مطلق لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح الكفالة به لثبوته مع قيام الرق المنافى لثبوت الدين اذ المولى لا يستوجب على عبده دين قسوله اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة فقيز حنطة قسوله ولا تضره جهالة الوصف يعنى وان لم يقل انها جيدة او رديئة او ربيعية او خريفية

ومراد التجارة دون التكدى فكان اذنا له دلالة (وان
احضر 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
بمعين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على
قبول العبد ولا يجتمل 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 معلق عتقه بالاداء الا
يعتق 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 للمضرر عن المولى حتى لا يمنع عليه بيعه ولا يكون
العبد احق بمكاسبه ولا يسر الى الولد المولود قبل الاداء
وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن
العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه
وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض
يجبر على القبول الا انه لا يعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط
كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الف اکتسبها قبل
التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اکتسبها
بعده لم يرجع عليه لانه مأذون 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 موتى على الف درهم
فالقبول بعد الموت) لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار
كما اذا قال انت حر غدا بالي درهم بخلاف ما اذا قال انت
مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان
ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق
فالوا لا يعتق عليه في مسألة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم
يعتقه الوارث لان الهبة ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح قال
(ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبيل العبد
فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين)
اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق
العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة اربع سنين لانه
يصالح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد

قصوره ومراده التجارة دون التكدى لانه مراد اولانه من اماره
الحساسة فتسوله فجعلاه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ
ودفعا للمضرر عن المولى حتى لا يتم بالمولى وحده ولا يجتمل
الفسخ ولا يتمتع جواز البيع ولا يسرى الى الولد المولود قبل
الاداء ولا يكون العبد احق بمكاسبه قسوله وجعلناه
معاوضة في الانتهاء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى
على القبول اذا ادى العبد المال كما في الكتابة اذ الجبر يجري
على قبض العوض في المعاوضات وان لم يجبر في التعليقات
وهذا لان المولى رضى بالعتق عند اداء العوض اليه والعبد
ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لئلا يشرف الحرية فلو
لم يجبر عليه لتضرر العبد ولو اجبر لا يتضرر السيد به*
فان قبل لا يمكن جعله معاوضة لان البدل والمبدل عند الاداء
كله للمولى* فلنا لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه
الذي بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق
بالرد فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء قسوله
فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل اى فعلى العمل بالشهين
دار المعنى الفقهي وخرجت المسائل المتعارضة باعتبار
الابتداء والانتهاء قسوله نظيره الهبة بشرط العوض فانه
يعتبر التقاض في العوضين ويبطل بالشيوع ويرد بالعيب
وخيار الرؤية عملا بالشهين قسوله كما اذا حط البعض
وادى الباقي يعنى لا يعتق باء البعض فانه اذا ابرء
المكاتب عن بعض البدل وادى الباقي عتق لان المال ثمة
واجب على المكاتب فيتحقق ابراءه عنه سواء ابرءه عن الكل
او حط بعضه وهما لامال على العبد فبطل الحط والابراء ولا يعتق
مالم يتم الشرط كما اذا قاله ان كلمت زيدا وعبرا فانت حر
ثم قال له حطت عنك كلام احدهما فانه لا يصلح لان الحط
فسخ لان قدر المحطوط يخرج عن العقد واليمين لا يجتمل
الفسخ قسوله ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس
لانه تخيير كما في قوله انت حر ان شئت فلا بد من المشية
في المجلس* لا يقال فلما ادى في المجلس كان المجلس متبدلا
لان مجلس الاداء غير مجلس التعليق كما ان مجلس المناظرة
غير مجلس التعليق وهناك يتبدل فكندا هنا* لانا نقول
انما لزم هذا من ضرورة تحقق احد حكمى التعليق وهو
الحدث فكان مستثنى كما ان مالزم من ضرورة تحقق الحكم
الآخر للتعليق وهو البر في قوله لا يلبس هذا الثوب وهو
لابسه صار قدر اللبس الذى يوجد عند النزح مستثنى
ليحصل مقصود الخالف قسوله بخلاف ما اذا قال انت مدبر
على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب
التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق* فان قيل
ما فائدة القبول والتدبير غير محتاج الى القبول والمال غير
واجب* قلنا التدبير لا يحتاج الى القبول اذ لم يعلقه بالقبول
وهنا علقه بالقبول وهذا كقوله ان شئت فانت طالق غدا
فان المشية تشترط للحال بخلاف ما اذا قال انت طالق غدا
ان شئت فانه لا تشترط المشية في الغد لانه اضاف الطلاق
الى الغد ثم جعل المضاف الى الغد معلقا بمشيتها فكان لها
المشية في الغد ضرورة وهنا علق الطلاق بمشيتها اولا ثم
جعل المعلق بمشيتها مضافا الى الغد فلا بد من المشية لتصح
الاضافة الى الغد قسوله فالوا لا يعتق عليه في مسألة
الكتاب مالم يعتقه الوارث لان الهبة ليس باهل للاعتاق
وهذا صحيح وانما لم يعتق ههنا بدون اعتاق الوارث لان
العتق تأخر عن الموت الى ان يقبل والعتق متى تأخر عن
الموت لا يثبت الابائيات واحد من الوارث والوصى والقاضى
لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق وذلك لانه لما كان لا يعتق
الا بالقبول لم يكن العتق معلقا بمطابق الموت وفي مثل هذا
لا يعتق الا باعتاق من هؤلاء كما لو قال انت حر بعد موتى
بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط
اعتاق احد قسوله ومن اعتق عبده على خدمته اربع
سنين بان قال انت حر على ان تخدمنى اربع سنين فقبل فهو حر

قوله بالخلافية بناء على خلافية اخرى وهى ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحققت الجارية او هلكت في يد العبد قبل التسليم رجع المولى على العبد بقيمة نفسه عند ما وبقيمة الجارية عنده * له انه معاوضة المال بما ليس بمال لان نفس العبد ليست بمال في حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد ولم يسلم العبد اليها حتى استحقق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع اى مهر المثل * ولما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى وكذا المنافع بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض واستحققت فان البايع يرجع بقيمة ابيه لا بقيمة الامة وكما لو باع العبد بسكنى دار و قبض العبد ومات عنده ثم انهدمت الدار واستحققت فانه يرجع بقيمة العبد قوله ثم استحققت الجارية او هلكت قبل التسليم الى المولى في يد العبد قوله وكذا يموت المولى اى ان مات المولى فللمورثة ان يأخذوه بما بقى من خدمة السنة من قيمته عندهما وعند محمد بما بقى من قيمة الخدمة قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا ههنا يأخذونه بما بقى من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيضلفه وارثه بعد موته كما لو كان اعتقه على الف درهم واستوفى بعضها ثم مات كان للمورثة ان يأخذوه بما بقى من الالف ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس متفاوتون في الخدمة وانما كان الشرط ان يتختم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد الا ان هذا التعليل ليس بقوى فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا يورث فلا يمكن ابقاء عين الخدمة بعد موت المولى فالهنا كان المعتبر قيمته او قيمة الخدمة على ما اختلفوا قوله وقد قررناه من قبل اى فى الخلع فى مسألة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة قوله ولو قال اعتق امتك عنى على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فثبت ان تزوجه وقع العتق عن الامر وقسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فمما اصاب القيمة اداء الامر * فان قيل وجب ان لا تعتق الامة عن الامر لان البيع فيها فاسد لانه يبيع بما يخصها من الالف اولانه ادخل النكاح فى البيع وادخل الصفقة فى الصفقة ففسد للبيع والبيع الفاسد لا يقيد الملك قبل القبض ولا عتق عنه فيما لاملك له فيه الا ترى انه لو قال اعتقها عنى فاعتقها عنه يقع العتق عن المأمور لانه استيهاب والهبة لانفيد الملك بدون القبض وان كان العتق عن الامر ينهى ان يجب عليه قيمة الامة لانه موجب البيع الفاسد قيل ان البيع هنا فى ضمن الاعتراف عنه فاخذ حكمه لما عرف ان البتضى تبع للبتضى والبيع انما يفسد بالشروط الفاسدة اذا وقع قصدا الا ان هذا يشكل بما لو قال اعتق عبدك عنى بالف درهم ورطل من خمر فانه قال فى الكتاب هذا بيع فاسد * وقال شمس الائمة السرخسى ان الامة تنتفع بهذا الاعتراف فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها ادنى قبض والقبض الادنى يكتفى للبيع الفاسد ولا يكتفى للهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتتمل القسمة ومع اتصال الثمار على رؤس الاشجار يكتفى لوقوع الملك فى البيع الفاسد دون الهبة على ان الفاسد ممنوع فان منافع البضع متقومة عند ايراد العقد عليها وقران ما هو متقوم فى نفسه غير مفسد للبيع كما اذا جمع بين عبد ومدبر فى البيع * وذكر فخر الاسلام والامام الكشاشى لم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج فى الاعتراف فاخذ حكم الاعتراف فلم يبطل بالشرط الفاسد كالاتفاق قوله فلوزوجت نفسها منهم يذكره اى فى الجامع الصغير قوله فى الوجه الاول اى فيما اذا لم يقل عنى قوله وهى للمولى فى الوجه الثانى اى فيما اذا قال عنى *

كتاب العتاق (١٤٤) باب العتق على جعل

فبالخلافية به بناء على خلافية اخرى وهى ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحققت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى معروفة * ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا يموت المولى فصار نظيرها (ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فثبت ان تزوجه فالعتق جائز ولا شىء على الامر) لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم على ففعل لا يلزمه شىء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم على ففعل حيث يجب الالف على الامر لان اشتراط البذل على الاجنبى فى الطلاق جائز وفى العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل (ولو قال اعتق امتك عنى على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداء الامر وما اصاب المهر بطل عنه) لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبيع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصه ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره * وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط فى الوجه الاول وهى للمولى فى الوجه الثانى وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها فى الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذامت فانت حر او انت حر عن دبر منى او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح فى التدبير فانه اثبات العتق عن دبر (ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية) كما فى الكتابة وقال الشافعى 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 صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث

(وهو)

باب التدبير قوله اذا قال المولى لمملوكه اذامت فانت حر وكذا اذا قال انت مدبر بعد موتى او انت حر موتى وكذا اذا قال اوصيتك برفقتك او عتقتك او بنفسك وكذا اذا قال انت حر يوم موتى لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد حمل على مطلق الوقت ولو نوى به النهار دون الليل لا يكون مدبرا مطلقا لجواز ان يموت ليلا قوله من ذلك اى من البيع والهبة *

وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت
 بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى
 لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت
 حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى
 زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من
 السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو
 المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير
 السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه
 وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز
 وفي البيع وما يضايه ذلك قال (وللمولى ان يستخدمه
 ويواجهه وان كانت امة وطئها وله ان يزوجه) لان الملك
 فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات (فاذا مات
 المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا ولان التدبير
 وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت
 في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى
 في ثلثيه 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
 رضى الله عنهم (وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان
 يقول ان مت من مرضى هذا او سفرى هذا او من مرض
 كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لان السبب لم يتعد في
 الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق
 عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة (فان مات المولى
 على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من
 الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حياته
 لتحقيق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد
 ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف
 ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه
 كالكائن لا محالة

باب الاستيلاء

قوله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له
 لا يجوز بيعها ولا تملكها وهو قول عامة الصحابة رضى الله
 عنهم وبه قال جمهور الفقهاء وقال بشر المريسي وداود
 الاصفهاني ومن تابعه من اصحاب الظواهر يجوز بيعها
 ولا يعتق بموت المولى وهو قول علي رضى الله عنه * وحكى
 عن ابي سعيد البردعي استاذ الكرخي انه خرج حاجا
 من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلوة الجمعة
 قوما جلسوا للنظر وفيهم داود فسأله حتى عن بيع ام الولد
 فقال يجوز بيعها لان بيعها يجوز اجماعا قبل العلوق فنحن
 على هذا الاجماع حتى يتعد اجماع آخر لان ما ثبت باليقين
 لا يرتفع الا باليقين مثله فتخير الحنفى لانه لا يقبل القياس
 وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال ابو سعيد اجمعا على
 عدم جواز بيعها بعد العلوق لان في بطنها ولدا حرا فنحن
 على هذا الاجماع حتى يتعد اجماع آخر فتخير داود فانقطع
 فلما رأى منه ومن اصحابه في الفقه ترك الخروج الى مكة
 وجلس للتدريس فاجتمع اصحاب داود عند ابي سعيد وكان
 على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فاما الزيد فيذهب جفا * واما ما ينفق الناس فيمكث في الارض فماليت ان قرع انسان بابه واخبره بموت
 داود فاستقر امره بعد ذلك قوله اعتقها ولداها قاله عليه السلام لما رية القطبية لما ولدت ابراهيم وحديث ابن عباس رضى الله عنهما
 عن النبي صلى الله عليه وسلم ايمامة ولدت من سيدتها فهي معتقة عن دبر منه صار بيانا لان المراد بقوله اعتقها اي اثبت فيها حق الحرية

باب الاستيلاء

(اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز
 بيعها ولا تملكها) لقوله عليه السلام اعتقها ولداها اخبر
 عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فاما الزيد فيذهب جفا * واما ما ينفق الناس فيمكث في الارض فماليت ان قرع انسان بابه واخبره بموت
 داود فاستقر امره بعد ذلك قوله اعتقها ولداها قاله عليه السلام لما رية القطبية لما ولدت ابراهيم وحديث ابن عباس رضى الله عنهما
 عن النبي صلى الله عليه وسلم ايمامة ولدت من سيدتها فهي معتقة عن دبر منه صار بيانا لان المراد بقوله اعتقها اي اثبت فيها حق الحرية

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرفت 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 الحره زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاء لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله قال (وله وطئها واستخدمها واجارتها وتزويجها) لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة (ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به) وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطئ وانه اكثر افضاء اولى . ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود الامناع عنه فلا يد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطئ بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة (فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه يدعى الولد الاول تعين الولد الاول مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة (الا انه اذا نفاه ينتفى بقوله) لان فراشا ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوهة حيث لا ينتفى 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 ويدعى لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها اولم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابل ظاهر آخر هكذا روى عن ابي حنيفة وفيه روايتان اخرتان عن ابي يوسف وعن محمد ذكرناهما في كفاية المنتهى (فان زوجها فجاعت بولد فهو في حكم امه) لان حق الحرية يسرى الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحره حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام

قوله ولان الجزئية قد حصلت الى آخره وهذا لان المائين قد اختلط بحيث لا يمكن الميز بينهما * واليه اشار عمر رضي الله عنه في قوله وقد اختلط لحومكم بلحومهن ودماءكم بدمائهن ولم يرد به نفس الاختلاط بدليل ان الاستيلاء لو كان بالزنا لا تصيرام ولد له متى ملكها وانما اراد به ما ثبت بسبب الاختلاط وهو حرية الولد لكن بشرط ان يكون الولد منسوبا اليهما بدليل ان المولى لو اعتق ماني بطن جاريته لم يثبت لها حق العتق فلو كان ثبوت حق العتق لها باعتبار الاتصال بالولد الحر لثبت هنا وحيث لم يثبت دل على انه غير منسوب الى هذا بل هو بناء على جزئية حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد بل حصل الاتحاد بينهما لان اضافة الولد الى كل واحد منهما على سبيل الكمال دليل اتحادهما والجزئية واتحاد كل واحد منهما يوجب الجزئية الا ان هذا الاتحاد حكمي غير حقيقي فيوجب حق الحرية لا حقيقته وبعد الانفصال ايضا تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت قسوله وبقائه الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال اى بقاء الجزئية حكما انما يكون بحكم جزئية مؤكدة بثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب * فان الولد ينسب الى ابيه والام تنسب اليه بواسطة الولد فلان ثبت الجزئية في حقهم لاني حقهن حتى لو تزوج عبد حره ثم ملكت الحره زوجها وقد ولدت منه لم يثبت له عتق مؤجل الى موتها حتى لا يعتق بموتها قسوله لان الاستيلاء لا يتجزى يريد به انه اذا امكن تكميله بان يتمك نصيب صاحبه بالزمان اما اذا لم يمكن تكميله بان استولى المدبرة مشتركة بينهما وبين غيره يقتصر على نصيبه عند ابي حنيفة قسوله لوجود الامناع وهو ذهاب النقوم عند ابي حنيفة ونقصان القيمة عندهما قسوله الا انه اذا نفاه ينتفى بقوله اى من غير لعان * وفي المسوسط وانما يملك نفيه مالم يقض القاضى به اولم يتناول ذلك فاما بعد قضاء القاضى فقد لزمه بالقضاء على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التناول لانه وجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قول التهنية ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التناول وقد سبق في اللعان قسوله فان كان وطئها وحصنها المراد من التحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبه الزنا وان عزل عنها اولم يحصنها جاز له ان ينفيه قسوله لان هذا الظاهر وهو ان يكون الولد من المولى باعتبار ان الظاهر عدم الزنا يقابل ظاهر اى يعارضه ظاهر آخر وهو ان يكون الولد من الزنا لوجود احد الدليلين وهما العزل وعدم التحصين * وهذا مروى عن ابي حنيفة قسوله وفيه روايتان اخرتان عن ابي يوسف وعن محمد اى عن كل واحد رواية وبدل عليه اعادة كلمة عن * روى عن ابي يوسف انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها اولم يعزل حصنها اولم يحصنها تحسينا للظن لها وخلا لامرها على الصلاح * وعن محمد انه قال لا ينبغي له ان يدعى النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لاجل شرعا فيحتاج من الجانبين قسوله وان كان النكاح فاسدا * وفي الايضاح اراد بالفاسد هانما اذا اتصل به الدخول وهو حيث يثبت في اثبات النسب ملحق بالنكاح الصحيح وكان الفراش فيه ما هو الثابت في النكاح الصحيح فكان اقوى من فراش ام الولد

ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب
من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره
(واذا مات المولى عتقت من جميع المال) حديث سعيد بن
السبيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعنق 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 بها هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية
عليها في دين المولى للغرماء) لماروبينا ولانها ليست بمال
منقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة فلا يتعلق بها حق
الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال منقوم (واذا اسلمت
ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها) وهي بمنزلة
المكاتب لا تعتق حتى تؤدى السعاية * وقال زفر تعتق في
الحال والسعاية دين عابها * وهذا الخلاف فيما اذا عرض على
المولى الاسلام فاي فان اسلم تبقى على حالها * له ان ازاله
الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد
تعذر البيع فتعين الاعتاق * ولنا ان النظر من الجانبين
في جعلها مكاتبه لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة بدا
والضرر عن الذمي لانبعائها على الكسب نيلا لشرف الحرية
فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة
تتواني في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة
فيترك وما يعتقدوه ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة
وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا
عفا احد الاولياء يجب المال للباقيين (ولو مات مولاهم عتقت
بلا سعاية) لانها ام ولد له ولو عجزت في حيوته لارتدت فنة
لانها لوردت فنة اعيدت مكاتبه لقيام الموجب (ومن استولد
امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له) * وقال الشافعي
لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحققت
ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا * وله فيه قولان وهو ولد
المفروع * له انها علققت برقيق فلا تكون ام ولده كما اذا
علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد
باعتبار علق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء
لا يخالف الكل * ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا
من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى
كل واحد منهما كمالا وقد ثبت النسب فثبت الجزئية بهذه
الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للمولد الى الزاني
وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزء حقيقة بغير واسطة

قسوله ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت
النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له
لاحتتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق
سبق النكاح او شبهته بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير
معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغناء
عن النسب بقبي معتبرا في حق الام لانها محتاجة الى
حق امية الولد بخلاف ما اذا اقر بالاستيلاء بالزنا
لانه احتتمال للنسب مع تصريحه بالزنا **قسوله** وان لا يبعن
وفي بعض النسخ وان لا يبعين **قسوله** فلا يتعلق بها حق
الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون
فليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص بدينهم
ويستوفوا منه ديونهم بمقابله ما وجب عليه القصاص من ديونهم
لان القصاص ليس بمنقوم حتى يأخذوا بمقابله شيئا متقوما *
وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع
ولى القصاص من استيفاء القصاص * وقيل معناه اذا قتل رجل
مديونا والمديون قد عفا فلا يقدر الغرماء على منع المديون
عن العفو **قسوله** ومالية ام الولد * جواب عما يلزم على ابي حنيفة
ان مالية ام الولد غير متقومة عنده * فاجاب بوجهين احدهما
ان مالية ام الولد متقومة في اعتقاد الذمي فيترك وما يعتقد
كما في مالية الخبز والثاني ان مالية ام الولد وان لم تكن متقومة
ولكن ملكه فيها محترم وقد احتسب عندها ببعن من جهتها
وهذا يكفي لوجوب الضمان كالقصاص فانه ليس بمال منقوم
ثم اذا احتسب نصيب الشريكين بعفو صاحبه يلزمه بدله *
فان قيل لو كان احترامها كافيا لوجوب الضمان ينبغي ان
يجب الضمان بنفس ام الولد لما انها حرام التعرض بالغصب
ومع ذلك لا يجب الضمان به عند ابي حنيفة * قلنا انما لم يجب
الضمان به على قوله لان مبنى ضمان الغصب على المماثلة
لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لان
الغصب من الاعتداء ولا مساواة بين ما ضمن به من المال وبين مالية
ام الولد لانها غير متقومة فلما لم تثبت المساواة لم يجب الضمان لهذا
البعنى * قوله لقيام الموجب وهو وجوب ازالة الذل عنها بعدما
اسلمت قوله ولنا ان السبب هو الجزئية في الجزئية مع النسبة
الى الاب لانه اذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف الى كل
واحد منهما على سبيل الكمال فتصير هي منسوبة اليه باعتبار
هذه الواسطة فصار نفسها كمنسوبة لها صار بعضها كبعضه ثم
لوملكه نفسه يعتق عليه من كل وجه فاما اذا ملك نفسه
من وجه عتق عليه من وجه هذا متقرر متى ثبت نسب الولد
بنكاح او ملك فاما اذا استولدها بالزنا اقر بذلك ثم ملكها
تصير ام ولده قياسا وهو قول زفر لانه ولده حقيقة حتى
لوملكه يعتق عليه فكذا امها تكون ام ولده * وفي
الاستحسان لا تصير ام ولد له لان الموجب لحق العتق لها
صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد ولم يوجد هنا لان
نسب الولد بالزنا لا يثبت ولا تصير هي منسوبة اليه بدون هذه
الواسطة وانما عتق عليه الولد لوملكه لانه جزء حقيقة وكما
لا يستديم للانسان الملك على نفسه لا يستديم الملك على جزءه

نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه
 بواسطة نسبه الى الوالد وهي غير ثابتة (واذا وطى جارية
 ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له
 وعليه قيمتها وليس عليه عقربا ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا
 المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا
 يضمن قيمة الولد لانه انطلق حر الاصل لاستناد الملك الى
 ما قبل الاستيلاء (وان وطى اب الاب مع بقائه الاب لم
 يثبت النسب) لانه لا ولاية للمجد حال قيام الاب (ولو كان
 الاب ميتا ثبت من المجد كما يثبت نسبه من الاب) لظهور
 ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورفه 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 يتعلق
 من مائتين (وصارت ام ولد له) لان الاستيلاء لا يتجزى
 عندهما (وعند ابى حنيفة يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك
 نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها)
 لانه تمكك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاء ويضمن نصف
 عقربا لانه وطى جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاء
 فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية
 ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاء فيتقدمه فصار
 ملك نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لان النسب يثبت مستندا
 الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك
 (وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) معناه اذا حملت على
 ملكهما * وقال الشافعي يرجع الى قول القافة لان اثبات
 النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائتين
 متعذر فعملنا بالشبه * وقد سر رسول الله صلى الله عليه
 وسلم بقول القائف في اسامة رضى الله عنه * ولنا كتاب
 عمر رضى الله تعالى عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا
 فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما وهو ابنتهما يرثهما ويرثانه *
 وهو للمباقي منهما وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله
 عنهم اجمعين * وعن علي رضى الله عنه مثل ذلك * ولانها استويا
 في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى

قوله نظيره من اشترى اخاه من الزنا اي اخاه لابي
 لانه ينسب اليه بواسطة نسبه الى الولد وهي غير ثابتة
 فاما اذا اشترى اخاه لام من الزنا يعتق عليه
 قوله واذا وطى جارية ابنه يريد بها القنة لانها محل
 التملك حتى لو كانت مديرة او ام ولد الابن بحيث لا ينتقل
 الى الاب بالقيمة فدعوته باطلة ثم دعوة الاب انما تصح بشرط
 ان الجارية في ملك الابن وقت العلوق وقت الدعوة وان
 لا يخرج من ملك الابن فيما بين ذلك حتى يمكن استناد
 الملك الى ما قبل الاستيلاء قوله ولو كان الاب ميتا
 ثبت من المجد هذا اذا جاءته بعد موت الاب لستة اشهر
 فصاعدا واما اذا جاءته لاقل من ستة اشهر لا يثبت من المجد
 قوله لا يتعلق من مائتين اي من مائة رجلين قوله
 بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنا يثبت
 شرطا للاستيلاء فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه * فان قيل
 التملك انما يثبت ضرورة تصحيح الاستيلاء فيثبت سابقا
 عليه فيبقى ما وجد من فعل الوطى سابقا على العلوق في
 غير الملك فينبغي ان يجب العقرب * قلنا الاستيلاء عبارة
 عن جميع افعال الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل
 مع اتعاد المطلوب فتقدم الملك على جملة الفعل فيقع
 الوطى في الملك قوله معناه اذا حملت على ملكها وانما
 قيد بهذا لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم
 اشترىها هو وآخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد
 له والاستيلاء لا يحتمل التجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا
 قوله وقال الشافعي يرجع الى قول القافة هي جمع القائف
 وهم جماعة يعرفون بانهم يعرفون اولاد الناس بالشبه *
 تمسك الشافعي بها قالت عائشة رضى الله عنها دخلت على
 رسول الله عليه السلام واسراير وجهه تبرق من السرور *
 وقال اما ترين يا عائشة ان مجرزا المدلجى مر باسمه وزيد
 وهما ناهمان تحت لحاف واحد وقد غطيا رؤسهما وبدت
 اقدامهما فقال هذه اقدام بعضنا من بعض فسروا رسول الله
 عليه السلام بقول القائف دليل على ان قوله حجة في النسب *
 وقلنا ان قول القائف رجم بالغيب ودعوى بما استأثر الله تعالى
 بعلمه في قوله تعالى ويعلم ما في الارحام ولا يبرهان له في
 قوله مع انه كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد الى
 غير الاباء ومجرد الشبه غير معتبر الا ترى ان الله تعالى حكم
 باللعان بين الزوجين عند نفي النسب ولم يأمر بالرجوع
 الى قول القائف واعتبار الشبه وانما سربه عليه السلام لان
 الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونهما
 وكانوا يعتقدون ان عند القائف علم بذلك فكان قول القائف
 ردا لطعن الكفار لان قول القائف حجة في النسب شرعا
 كذا في المبسوط قوله وهو للمباقي منهما حتى اذا مات
 هذا الابن يكون كل ميراث الابن لهذا الاب الباقي ولا يجعل
 النصف لهذا الاب والنصف لورثة الاب الميت

قوله ولكن تتعلق به احكام متجزية كالنفة والارث وولاية التصرف في ماله والحضانة وما لا يقبل التجزئة كالنسب وولاية الانكاح قوله وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا لما له على الآخر * فان قيل لافائدة في وجوب العقر لانه يصير قصاصا * قلنا فيه فائدة قريبا يرى احدهما عن حقه فيبقى حق الآخر فتتوجه المطالبة قوله كما اذا اقاما البينة اى اذا اقاما البينة على شىء واحد يكون ذلك الشىء بينهما على السواء فكذا هذا واما اذا اقاما البينة على مجهول النسب فالحكم هكذا قوله وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه اى لا يشترط تصديق المكاتب بل يثبت بمجرد دعوة المولى كما فى الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى فكذلك جارية الابن كسب كسب الاب او يقول للمولى فى المكاتب ملك الرقبة وليس للاب على الابن ملك الرقبة ولا لملك اليد للاب فى مال الابن حق التملك وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت للاب نسب الولد من جارية الابن بدون الملك على الابن وعلى جاريته بغير تصديق الابن فلان يثبت للمولى نسب الولد من جارية المكاتب بغير تصديق المكاتب مع حقيقة الملك للمولى على المكاتب اولى الا ترى ان المولى لو اعترف بالمكاتب يصح مع انه لا اعتق فيها لا يملكه ابن آدم فعلم ان الملك للمولى عليه ثابت قوله لصحة الاستيلاء لما نذكره وهو قوله حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه قوله وقيمة ولدها اى وعلى المولى قيمة ولد جارية مكانه يوم ولد قوله فلو ملكه يوما اى لو ملك المولى يوما ولد جارية المكاتب النى ادعاءه وكان لم يثبت نسبه عند الدعوة بسبب تكذيب المكاتب يثبت نسبه عند ملكه اياه * وذكر فى المبسوط واذا ملك المولى الجارية اى فى صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له فى المصل كان مثبتا للنسب منه عند صحة دعوته الا انه امتنع صحة دعوته بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاء

كتاب الايمان

اليمين فى اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال الشماخ (اذا ما راية رفعت لمجد * تلقاها عربية باليمين) وفى الشريعة عبارة عن عقد قوى به عزم الخائف على الفعل او الترك وسمى هذا العقد بها لان العربية يتقوى بها * واما شرطها فى الخائف كونه عاقلا بالغيا وفى الخلق كونه خيرا محتملا للصدق والكذب عندنا * وعند الشافعى نفس الخير * واما حكمها فالبر حال بقاء اليمين اذا وجب تحقق البر * وقيد به لان من الايمان ما لا يجب تحقق البر فيها كما اذا حلف على معصية والكفارة عند فوات البر خلفا عنه وهى نوعان يمين بالله تعالى او صفتوه بيمين بغيره تعالى فالاولى مشروعة بالكتاب قال الله تعالى وتالله لاكيدن اصنامكم والسنة قال صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا والاجماع فالصغابة رضى الله تعالى عنهم ومن بعدهم يحلفون * وذكر فى المبسوط ان اليمين على نوعين نوع يعرفه اهل اللغة وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به ويسمون ذلك قسما لانهم لا يخضون ذلك بالله وفى الشرع هذا النوع من اليمين اى تعظيم المقسم به لا يكون الا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لا يجوز هناك حرمة اسمه بحال * والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لما فيها من معنى اليمين وهو المنع او الاجاب ولكن اهل اللغة لا يعرفون ذلك لانه ليس فيه معنى التعظيم *

ولكن تتعلق به احكام متجزية * فما يقبل التجزئة يثبت فى حقها على التجزئة * وما لا يقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجع فى حق المسلم وهو الاسلام وفى حق الاب وهو ماله من الحق فى نصيب الابن وسرور النبى صلى الله عليه وسلم فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون فى نسب اسامة رضى الله تعالى عنه وكان قول القائل مقطعا لظعنهم فسربسه (وكانت الامة ام ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد منهما فى نصيبه فى الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعاً لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الاخر ويورث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة فى حقه (ويورثان منه ميراث اب واحد) لاستوائهما فى النسب كما اذا اقاما البينة (واذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجمعت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن ابى يوسف انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه * ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه حتى لا يملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال (وعليه عقرها) لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كافى لصحة الاستيلاء لما نذكره قال (وقيمة ولدها) لانه فى معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برفه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية ام ولد له) لانه لا يملك له فيها حقيقة كما فى ولد المغرور (وان كذبه المكاتب فى النسب لم يثبت) لما بينا انه لا بد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

قال (الايمان على ثلاثة اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الخلف على امر ما يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا ادخله الله النار (ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وقال الشافعى فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هناك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبهه المعقودة * ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة

قال رضي الله تعالى عنه الايمان على ثلاثة اوجه اليمين الغموس وفي بعض النسخ يمين الغموس على الاضافة في المغرب هو خطأ لغة وسماها * وقد سميت غموسا لانها تغمس صاحبها في الاثم ثم في النار فالغموس هي الخلف على امر ماض وذكر المضي ليس على الشرط فانها تكون في الحاضر ايضا نحو قوله والله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه وهي ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة عند المشروع ولكن سماها يميناً مجازاً لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمي النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر ببيعاً لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع * ثم لا تعتقد هذه اليمين فيما هو حكمها في الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار * وعند الشافعي تعتقد بوجه الكفارة فمن اصله محل اليمين نفس الخبر وشرط انعقادها القصد الصحيح وعندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصديق لانها تعتقد موجبة للبر ثم الكفارة خلقه عند فوات البر فالخبر الذي لا يتصور فيه الصديق لا يكون محلاً لليمين والعقد لا ينعقد بدون محله * وحجته قوله تعالى لا يؤخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤخذكم بما كسبت قلوبكم والله تعالى اثبت المؤاخذة في اليمين النكسوة والغموس بهذه الصفة لانها مقصودة بالقلب * ثم فسر هذه المؤاخذة بالكفارة في قوله ولكن يؤخذكم بها عقدتم الايمان معناه بما انصبت فالعقد هو القصد * ومنه سميت النية عقدة فواجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارتها لان الفاء للموصل * وقال في آخر الآية ذلك كفارة ايمانكم اذا حلقتم والكفارة بنفس الخلق انما تجب في الغموس * والمراد بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم الامتناع من الخلق * وحجتها فيه قوله تعالى ان الذين يشتركون به عهد الله وايمانهم ثلثا قليلا الآية فقد بين الله تعالى جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة ولو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها * وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيها اليمين الفاجرة والمعنى فيها انها غير معقودة لان عقد اليمين للحظر والواجب وذلك لا يتحقق في الماضي والخبر الذي ليس فيه توهم الصديق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس به مال

كتاب

(١٥٠)

الايمان

تتأدى بالصوم ونشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع اللاحق (و المنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى لا يؤخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا (واليمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمر * والاصل فيه قوله تعالى لا يؤخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤخذكم الآية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال (والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء) حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء) لان الفعل الحقيقي لا ينعقد بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغيب عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة

لخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا للكفارة كالزنا والردة * وهذا لان المشروعات تنقسم لثلاثة اقسام عبادة محضة وسبها مباح محض * وعقوبة محضة كالمندوب وسبها محظور محض * وكفارات وهي تتردد بين العبادة والعقوبة فمن حيث انها لا تجب الاجراء تشبه العقوبة ومن حيث انه يعنى بها ولا تتأدى الا بنية العبادة وتتأدى بما هو محض العبادة كالصوم يشبه العبادة فينبغي ان يكون سببها مترددا بين الحظر والاباحة وذلك المعقودة على امر في المستقبل باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى مباح وباعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة * فاما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى اولى فلا يصلح سببا للكفارة * ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين ولهذا لا يجب في المعقودة على امر في المستقبل الا بعد الحنث لان قبل الحنث ما هو الاصل قائم وهذا انما يتصور في خبر فيه توهم الصديق انه ينعقد موجبا للاصل ثم الكفارة خلفا ومعنى قوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلقتم وحشتم كما في قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر * والمراد بقوله تعالى ولكن يؤخذكم بما كسبت قلوبكم المؤاخذة بالوعيد في الآخرة قسوله ولو كان فيها ذنب فهو متأخر اي لو كان في المعقودة ذنب وهو الحنث بهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت اليمين فيرتفع اليمين اذا وجد واما الذنب في الغموس وهو هتك حرمة اسم الله تعالى فيقارن بيمينها عن الانعقاد فكانت اليمين في الغموس غير منعقدة فلما كان كذلك لم يلزم من وجوب الكفارة في المنعقدة وجوبها في الغموس ولانه قارنها ما يعلها ولو طرأ عليها رفعها فاذا قارنها مع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح والمنعقدة ان يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله وهي في وجوب الحفظ اربعة انواع نوع منها ما يجب اتمام البر فيها وهو ان ينعقد على فعل طاعة امر بها او امتناع من معصية وذلك فرض عليه قبل اليمين وباليمين يزداد وكادة * ونوع منها لا يجوز حفظها وهو ان يحلف على ترك طاعة او فعل معصية لقوله عليه السلام من حلف ان لا يطيع الله فليطعه ومن حلف ان يعصى الله فلا يعصمه * ونوع يتخير فيه بين الحنث والبر والحنث خير من البر فينبغي فيه الحنث لقوله عليه السلام من حلف على اليمين ورأى غير ما خيرا منها فليأت بالنبي هو خير وليكفر بيمينه وادنى موجبات الامر بالنسب ونوع يستوى فيه فعل البر والحنث في الاباحة فيتغير بينهما وحفظ اليمين اولى لظاهر قوله تعالى واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين يكون بعد وجودها فعرفنا ان المراد بحفظ البر ومتى حنث في هذه اليمين فعليه الكفارة قسوله الا انه علقه بالرجاء جواب عما يقال في المؤاخذة باللغو منصوص عليه في كتاب الله تعالى والمنصوص مقطوع به فيما معنى تعليقه بالرجاء * فاجاب بان صورة يمين اللغو مختلقة فيها بين العلماء وانما علق بالرجاء في المؤاخذة باللغو في الصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص قطعا فجاز تعليقه بالرجاء قسوله للاختلاف في تفسيره وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة ابن ابي اوفى * وعن ابن عباس رضي الله عنهما في احد الروايتين * وروى عن محمد انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد في الماضي كان اوفى المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه وروى عائشة رضي الله تعالى عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله * وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين على ما قررنا فكان لغوا واما الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد في الشرع بان الازل والجد في اليمين سواء والناسي في اليمين ان يذهب عن التلطف باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا بان يقول لغيره الانا يميني فيقول بلى والله غير قاصد لليمين * وفي بعض النسخ ذكر الخاطي مكان الناسي وهو ان يريد ان يسبح فجرى على لسانه اليمين

(ولو)

قوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب هذا جواب سؤاله وان يقال الكفار شرعت لاجل ستر الذنب ولا ذنب في المجنون اذا اتى المحلوف عليه فيبغى
 الاسباب الكفار عليه فقال الحكمة وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحث لامع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء ذائر مع دليل شغل
 الريم وهو استحداث الملك لامع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرة او اشترىها من امرأة *
 باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا * قوله واليمين بالله تعالى اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة
 من صفاته فالاسم هنا عبارة عن لفظ دل على الذات مع صفة الرحمن والرحيم والعالم والصفة عبارة عن المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسماء
 كتاب الايمان باب ما يكون يمينا (١٥١) يمينا وما لا يكون يمينا

ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله
 وهو الحث لا على حقيقة الذنب *

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال (واليمين بالله تعالى 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 فصاح ذكره حاملا ومائعا قال (الا قوله وعلم الله
 فانه لا يكون يمينا) لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد
 به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا الى 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 (ومن حلف
 بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة) لقوله صلى الله
 عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله اولينر (وكذا
 اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف فالرضى الله عنه معناه
 ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا برىء منهما يكون يمينا لان
 التبرى منهما كفر قال (والحلف بحروف القسم وحروف القسم
 ال او او كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله) لان كل
 ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن (وقد يضمن الحرف
 فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا) لان حذف الحرف
 من عادة العرب ايجازا * ثم قيل ينصب لا تتزاع الحرف 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
 وقال ابو حنيفة اذا قال وحق الله فليس بحالفي وهو قول محمد واحدى
 الروايتين عن ابى يوسف * وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان
 الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقةه فصار كانه قال والله الحق والحلف به
 متعارف * ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات
 حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا

الحلف به اولم يتعارفوا هذا هو الظاهر من مذهب اصحابنا
 وهو الصحيح لان الحلف باسم الله تعالى ثبت بقوله عليه السلام
 فمن كان منكم حالفا فيحلف بالله اولينر والحلف بسائر
 اسمائه حلف بالله وما ثبت بالنص او بدلالته لا يرعى فيه
 العرف * وقال بعض اصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله
 كالرحمن فهو يمين وما يسمى بغير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر
 فان اراد به يمينا فهو يمين وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا قوله
 من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه *
 وقال العراقيون من مشايخنا الحلف بصفات الذات كالقدرة
 والعظمة والعزة والجلالة والكبرياء يمين والحلف بصفات
 الفعل كالرحمة والسخط والغضب والرضاء ليس بيمين وقالوا
 صفة الذات ما لا يجوز ان يوصف بصفة الفعل ما يجوز
 ان يوصف بصفته فانه يقال يرضى بالايمان ولا يرضى بالكفر *
 وقالوا ان ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات
 الفعل ليس كذكر الذات * والحلف بالله مشروع دون
 غيره الله * قالوا وهذا الطريق غير مرضى عندنا لانهم يقصدون
 بهذا الطريق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الله تعالى غير
 الذات والمذهب عندنا ان صفات الله لاهو ولا غيره وكلها قديمة
 فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل * والاصح
 وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر ان الايمان منبئية على العرف
 والعادة ولهذا قال محمد وامانة الله انه يمين ثم لما سئل عن معناه
 قال لا ادري فكانه وجد العرب يحلفون بامانة الله تعالى عادة
 فجعلها يمينا * وقيل في معناه انه يتعذر الاشارة الى شىء بعينه
 على الخصوص انه امانة والحلف به متعارف فعلمنا انهم يريدون
 به الصفة فكانه قال والله الامين * وحكى الطحاوى عن اصحابنا
 انه ليس بيمين لانه عبارة عن الطاعات قوله ولانه يذكر
 ويراد به المعلوم * فان قيل يقال انظر الى قدرة الله والمراد
 بالمقصور ثم قوله وقدرة الله يمين * قلنا هذا متعارف او على
 حلف المضاعف الى اثر قدرة الله قوله ومن حلف بغير
 الله لم يكن حالفا * فان قيل قد اتسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته
 كقوله تعالى والضحي والليل اذا بغشى فكان ينبغي
 ان يكون القسم بغير الله مشروعا * قلنا في القسم تعظيم
 المقسم به وقد نهى العبد عن تعظيم غير الله بالقسم فيجب
 عليه الانتهاء واما الله تعالى فله ان يثبت الحرمة لما شاء اى وقت
 شاء وليس للعبد ذلك * وفي النهاية وما اعتاد الناس من
 الحلف بالفارسية بجان وسرتوان اعتقد انه حلف واعتقد
 ان البرية واجب يكفر كذا في محاسن الشرائع * وذكر في تنمة
 الفتاوى قال على الرازى اخاف على من قال بجميوتى وحيوتك
 وما اشبه ذلك انه يكفر ولو لا ان العامة يقولون ولا يعلمون
 لقات انه شرك لانه لا يمين الا بالله * واما جعل الله اليمين
 بالله ليرعوى الرجل اى ليمتنع اذا ذكر الله فلا يحلف هو
 واذا حلف بغير الله تعالى فكانه اشرك معه * وقال ابن مسعود
 رضى الله عنه لان احلف بالله كاذبا احب الى من ان احلف بغير
 الله صادقا قوله لان التبرى منها كفر وتعليق الكفر

بالشرط يمين كما اذا قال ان فعلت كذا فانا يهودى قوله وعنه رواية اخرى اى عن ابى يوسف رواية اخرى انه يكون يمينا قوله لان الحق من
 صفات الله تعالى اى من اسمائه الدالة على صفة الحقية فتكون الاضافة للبيان كما تضاف الصفة الى الموصوف في قولهم جرد قطيفة وخابية خبز فكانه قال والله
 الحق قوله ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اى الحق اذ اضيف الى الله تعالى يراد به الطاعات فقد قيل لرسول الله عليه الصلوة والسلام ما حق الله على عباده فقال
 ان لا يشركوا به شيئا ويعبدوه ويقيموا الصلوة ويؤتوا الزكوة والحلف بالطاعات لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله بخلاف ما لو قال والحق لانه من اسماء الله تعالى

قوله ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر يراد به تحقيق الوعد اي يكون لتأكيد مضمون الجملة ومعناه افعل هذا لاعتاد كما فعلت
هذا عند الله حقا فلا يكون يمينا قوله ولو قال اقسم بالله او احلف بالله او اشهد بالله فهو حالف اي اذا ذكر القسم
كما اذا قال اقسم لاعتل كذا او لا افعل كذا لان الحلف بالله هو المشروع فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى التنية وقيل
لا بد منها لاحتمال العدة قوله واليمين بالكسر عطا على العدة اي لانه يحتمل الاستقبال ويحتمل اليمين بغير الله تعالى *
قوله وكذا قوله لعمر الله * العمر بالضم والفتح البقاء الا ان الفتح في غلب القسم لا يجوز فيه المضم والبقاء من صفات
الذات فكانه قال والله الباقي وهو معطوف على قوله ولو قال اقسم وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين فخفت
الهمزة وحذف النون للقسم * وهذا مذهب نحوي الكوفة وقيل معناه والله وايم صلة وهو قول البصريين * وذهب
سيبويه الى انها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاول فاجتلبت
الهمزة لتعبر النطق بالساكن كما اجتلبت في الابن واشباهه
فعلى هذا لا تكون الهمزة مخفة للقسم وكذا قوله وعهد الله
وميثاقه لان العهد يمين اذا الحالف بالله عاهد الله ان يفعل ذلك
الشيء او لا يفعله يدل عليه قوله تعالى واوفوا بعهد الله
اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعدتوكيدها والميثاق
بمعنى العهد وكذا اليمين * ولهذا يسمى المعاهد ذميا وكذا
اذا قال على نذر او نذر الله * وفي النهاية اعلم ان ههنا اربع
مسائل * الاولى ان ينذر نذرا مطلقا بان يقول لله على نذر
او نذر الله فحسب فعلية كفارة يمين * وهذا الالتزام لكفارة
اليمين ابتداء بهذه العبارة قال عليه السلام من نذر نذرا ولم
يسم فعلية كفارة اليمين * والثانية ان يقول لله تعالى على
صوم يوم الجمعة او قال على نذر صوم يوم الجمعة فعلية
الوفاء * والثالثة اذا علق نذره بشرط كما ذكرنا فعلية
الوفاء بما سمي * والرابعة ان يقول على نذر ان لا افعل كذا
او على نذر الله ان لا افعل كذا فهذا يتعد يميناً وموجب
موجب اليمين كذا ذكره الامام بدر الدين الكردي
قوله وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر
يكون يمينا * وعند الشافعي لا يكون يمينا لانه علق الفعل
بما هو معصية نصرا كما لو قال ان فعلت كذا فانازان ونحوه *
ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه انه قال من
حلف بالتهود او التنصر فهو يمين ولانه لما جعل ذلك الفعل
علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع لان الكفر
واجب الامتناع فكذا ما هو علم له وقد امكن القول بوجوب
الامتناع لغيره بجعله يمينا كما في تحريم الحلال اما التشبه
بتحريم الحلال فانه لما علق الكفر بالدخول مثلا فقد حرم
الدخول من حيث جعله علما على الكفر لانه جعل الدخول
شرطا للكفر وشرط الكفر حرام حقا لله خالصا لا يعطى بحال
نصار بعمى تعريم اليمين كناية عنه كتعريم الحلال فكان
قوله جعلته شرطا للكفر وقوله حرمة واحدا لان اعلام
الكفر حرام كشد الزنار وليس قانسوة المجوس وهذا
قد جعله علما نصرا حرما وما كان قصده الى جعله علما فان
لم يجعل كتحريمه بلفظه وان كان لا يحرم ثم التحريم يمين
فكذلك جعله علما على الكفر بخلاف قوله انا زان ونحوه لان
حرمة الكفر لا يحتمل السقوط والنسخ كحرمة هتك الاسم
وحرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ فلم يكن نظير هتك حرمة
الاسم فلم يكن يمينا وهذا اذا كان في المستقبل فاما اذا كان في
الماضي بشئ * قد فعله فهو الغيوس ولا يكفر في المروي
عن ابي يوسف اعتبارا للماضي بالمستقبل وهذا لانه قصد به
اليمين ولم يقصد به تحقيقه * وقال محمد بن مقاتل يكفر
لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بشئ * كما ان تعيين مكانه قال هو كافر * والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لا يكفر به في الماضي
والمستقبل وان كان جاهلا وعنه انه يكفر يكفر به في الماضي والمستقبل لانه اذا قدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضى بالكفر *
(فصل)

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 الاستقبال
بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا
نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحق
بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج
الى التنية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله (ولو قال
بالفارسية سو كند مي خورم بخدا اي يكون يمينا) لانه للحال ولو
قال سو كند خورم قيل لا يكون يمينا * ولو قال سو كند
خورم بطلاق زعم لا يكون يمينا لعدم التعارف * قال
(وكذا قوله لعمر الله وايم الله) لان عمر الله بقاء الله وايم
الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين * وقيل 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 (وكذا اذا قال على نذر او نذر الله)
لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعلية 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 الغيوس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل *
وقيل يكفر لانه تنجز معنى نصرا كما اذا قال هو يهودي *
والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان
عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضى بالكفر حيث
ا قدم على الفعل (ولو قال ان فعلت كذا فعلى غضب الله
او سخط الله فليس بحالف) لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق
ذلك بالشرط ولانه غير متعارف (وكذا اذا قال ان فعلت
كذا فانازان او سارق او شارب خمر او آكل ربا)
لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في
معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

(فصل)
قال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بشئ * كما ان تعيين مكانه قال هو كافر * والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لا يكفر به في الماضي
والمستقبل وان كان جاهلا وعنه انه يكفر يكفر به في الماضي والمستقبل لانه اذا قدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضى بالكفر *
(فصل)

فصل في الكفارة

قوله قال كفارة اليمين عتق رقبة

قوله قال كفارة اليمين عتق رقبة او عتاق رقبة قوله وادناه ما تجوز فيه الصلوة وهو كما سارويل
ومرورى عن محمد * وفي رواية اخرى عنه انه قال ان اعطى الرجل يجوز وان اعطى المرأة لا يجوز لانه اذا اعطى الرجل سارويل فقد
اعطى ما يستبر به عورته واذا اعطاه المرأة لم يعطها ما يستبر به عورتها كذا في الذخيرة لكن بالاجزى عن الكسوة يجزى به عن الطعام فانه لو اعطى كل مسكين
من ثوب لم يجزه عن الكسوة لان الكسوة لا يكسوا بها الا يحصل ولكنه يجزى به عن الطعام اذا كان نصف ثوب يساوى نصف صاع من حنطة وكذا لو اعطى
عشر مسكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل مسكين منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسى به كل واحد منهم
ولكن يجزى به من الطعام باعتبار القيمة نوى اولم ينو * وروى عن ابى يوسف اذا لم ينو لا يجزى به عن الطعام * وقال زفر لا يجزى به وان
نوى لانه ماصوص عليه فلا يصح بدلا كما لو ادى نصف صاع من تمر لا يجعل بدلا عن الحنطة لان البدل بمنزلة التبع وما يكون اصلا لا يكون
نما في ذلك الباب وقلنا التمر لا يصح بدلا عن الحنطة لكونه اصلا وكونها شيئا واحدا من حيث المعنى لان المقصود منهما واحد وهو رد الجوع
ويصح بدلا من حيث انها جنسان فكان المانع شيئين فترجع المانع وفي الكسوة مع الطعام يرجع الموجب للجواز لاختلاف الجنس واختلافهما
في المقصود اذ المطلوب من الكسوة في الكفارة رد العرى والمطلوب من الطعام رد الجوع * وقوله ما صار اصلا في باب لا يجعل تبعا فيه قلنا لم يجعل
في الكسوة بدلا عن الكسوة حتى يصير بدلا في ما صار اصلا وانما جعلناه بدلا عن الطعام بدلا عن الكسوة فان لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات
وقال الشافعي يخير لاطلاق النص ولا يلزم ان يطلق على المقيد عندنا وان وردا في حادثين كفاية رقبة كفارة القتل وسائر
الكفارات لانه انما يصار اليه اذا كان المقيد نوعا واحدا اما
اذا كان المقيد نوعين فلا للتعارض وهما كذلك لان صوم
كفارة الظهار والقتل مقيد بالتتابع وصوم المتعة مقيد
بالتفريق * ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنهما فصيام ثلاثة
ايام متتابعات وانما يقرأ رأسماعا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
نصارت قرأته كالرواية المشهورة عن النبي عليه السلام فصحت
الزيادة والتقيد بها كما في صدقة الفطر وانما لم يجعل المطلق
وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين لانها
وردانها في الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفين متضادين في
وجوده فاذا ثبت تقيد به بالتتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقا
ضرورة وثمة وردا في السبب ولا مضافة بين السببين فالمقيد
في احد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الاطلاق في الآخر وانما لم
يجز صوم المتعة قبل ايام النحر لانه لم يشرع لان التفريق
واجب وهذا بخلاف قضاء رمضان لان قراءة ابي لم تشتهر والزيادة
بخير الواحد لا تجوز * ثم اعتبار الفقر والغنى عند ارادة
التكفير عندنا وعند الشافعي عند الخنث حتى لو خنث
وهو موسر ثم اعسر حاز الصوم وبعبكسه لا عندنا * وعند
الشافعي على القلب وقاسها على الحد اذا اعتبر وقت الوجوب
للتنصيص بالرق * ولنا ان الصوم شرع خلفا عن التكفير
بالمال كالتبسم خلف عن الوضوء الا ترى انه قال هنا فمن لم
يجد فصيام ثلاثة ايام وقال ثمة فلم تجدوا ماء فتيمموا ثم المعتبر
ثمة وقت الاداء لا وقت الوجوب كذا هنا وحده العبد ليس
يبطل عن حد الاجرار قوله لانه اذاها بعد السبب وهذا
لان سبب وجوب الكفارة اليمين لانها تضاف الى اليمين
فيقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها ولا يلزم
تعجيل البدن لان الواجب حاصل بالسبب على اصله ووجوب
الاداء متراخ عنه الى الشرط والمالي يحتمل الفصل بين وجوبه
ووجوب الاداء لان الواجب قبل الاداء مال معلوم والبدن

فصل في الكفارة (١٥٣) كتاب الايمان

فصل في الكفارة

قال (كفارة اليمين عتق رقبة يجزى فيها ما يجزى في
الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما
زاد وادناه ما تجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين
كالطعام في كفارة الظهار) والاصل فيه قوله تعالى فكفارته
اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخير فكان الواجب
احد الاشياء الثلاثة قال (فان لم يقدر على احد الاشياء
الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات) وقال الشافعي يخير لاطلاق
النص * ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فصيام
ثلاثة ايام متتابعات وهى كالجهر المشهور ثم المذكور في الكتاب في
بيان ادنى الكسوة مروى عن محمد وعن ابى حنيفة وابى
يوسف ان ادناه ما يستبر عامة بدنه حتى لا يجوز السر او يلى
وهو الصحيح لان لا بسه يسمى عربا نافي العرف لكن ما لا يجزى به
عن الكسوة يجزى به عن الطعام باعتبار القيمة (وان قدم الكفارة
على الخنث لم يجزه) وقال الشافعي يجزى به بالمال لانه اذاها بعد
السبب وهو اليمين فاشبهه التكفير بعد الجرح * ولنا ان الكفارة
استر الجنابة ولا جنابة ههنا واليمين ليست بسبب لانه ما نع غير مفض
بخلاف الجرح لانه مفض (ثم لا يسترد من المسكين) لوقوعه
صدقة قال (ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلى او لا يكلم اباه

لا يحتمل الفصل بين وجوبه وادائه لان الواجب فعل فلما تأخر وجوب الاداء لم يبق الوجوب لتأخره د
السبب * ولنا ان الكفارة لستر الجنابة * وقبل الخنث لا جنابة فلا تُصح الكفارة لاستحالة الستر عن الجنابة قبل الجنابة وهذا لان عقد اليمين
ليس بذنب اجماعا فانه امر مشروع لانه في عقد اليمين معظم اسم الله تعالى والمشروع لا يوصف بالذنب وانما الذنب في هتك حرمة اسم الله تعالى بالخنث
فاستحال التكفير قبل الخنث كالطهارة قبل الحدث واليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم
طريقا له واليمين مانعة من الخنث بحرمة له فاني تكون موجبة لما يجب بعد الخنث بخلاف الجرح لانه طريق مفض الى زهوق الروح واضافة الكفارة
الى اليمين لانها تجب بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم والاعرام بهذا الطريق لا ان يكونا سببين لوجوب الكفارة لكونها مانعين
عما تجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور * فان قيل تعليلكم مردود لانه مخالف للنص والخبر * وهذا لانه تعالى قال ولكن يؤخذكم بما عقدتم
الايان فكفارته والفاء للوصل والتعقيب فتقتضى جواز التكفير بعد اليمين متصلا بها او قال كذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم ربها على الحلف لاعلى الخنث
وقال عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت بالذي هو خير وهذا نص في الباب * قلنا الخنث مضر في النص بدلا لما قلنا
كالفطر في قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر والرواية المشهورة فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه فيجب حمل
الاول على الثاني بطريق التقديم والتأخير لان ثم تجي * يعني الواو قال الله تعالى ثم كان من الذين آمنوا ثم شهد * وهذا لان موجب الامر الوجوب والتكفير
يجب بعد الخنث لا قبله ولا ن قوله فليكفر امر لمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير الا بعد الخنث لان قبله يجوز بالمال عنه دون الصوم

او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه
 لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها
 فليأت بالذي هو خير ثم ليكف عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت
 البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده (واذا حلف
 الكافر ثم حنث في حال كفره وبعد اسلامه فلا حنث عليه)
 لانه ليس باهل لليمين لانه تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر
 لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عداة (ومن حرم على
 نفسه شيئا مما يملكه لم يصرح 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 ينبيء عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بشيوت
 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 (ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام
 والشراب الا ان ينوي غير ذلك) والقياس ان يحنث كما
 فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ووه * وهذا قول
 زفر وجه الاستحسان ان المقصود هو البر لا يتحصل 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 ابلاء ولا تصرف اليمين عن
 المأكول والمشروب * وهذا كله جواب ظاهر الرواية
 ومشاجنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال
 وعليه الفتوى * وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف *
 واحتلفوا في قوله هرجه بدست راست كيرم بروى حرام
 انه هل تشترط النية والظاهر انه يجعل طلاقا من غير نية
 للعرف (ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء) لقوله صلى الله
 عليه وسلم من نذر وسمى فعله الوفاء بما سمي (وان علق
 النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر)
 لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمشترط عند * (وعن
 ابى حنيفة انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلى
 حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك
 كفارة يمين وهو قول محمد) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمي
 ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو
 المنع وهو بظاهره نذر في تخيير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف
 ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى
 لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح

قوله او ليقتلن فلانا يريد به اذا وقت القتل حتى يتصور
 الحث من الخائف قبوله في ضده اى في ضدهما قلنا من الحنث
 وقوله عليه السلام من حلف على يمين اى على محلوف عليه
 وهو الفعل او تركه واليمين مركبة من مقسم به وحرف القسم
 وهو والله ومن مقسم عليه وهو ليقتلن فلانا مثلا فذا كرهنا
 الكل واراد البعض او اراد باليمين محله وهو القتل وغيره فكان
 من قبيل اطلاق اسم الحال على المحل قبوله ومن حرم على
 نفسه شيئا مما يملكه بان قال حنثت على ثوبى هذا او طعامى
 هذا لم يصرح محرما عليه اى بعينه قوله وعليه ان استباحه
 اى اقدم عليه بان لبس ذلك الثوب او اكل ذلك الطعام كفارة
 يمين * وقال الشافعي لا كفارة عليه الا في النساء والجوارى
 لان تحريم الحلال قلب المشروع واليمين عقد مشروع فلا
 ينعقد بلفظ هو قلب المشروع قلبه وهو تحليل الحرام ولان
 تحريم الحلال ليس الى العبدلان بالمحرم والمحلل هو الله تعالى
 فيلغو * ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله
 لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم * ثم قيل ان النبي
 عليه السلام حرم العسل نفسه وقيل حرم مارية والتمسك
 على الاول ظاهر وكذا على الثاني لان العبرة بعموم اللفظ
 لا بخصوص السبب ولان التحريم المضاف الى الجوارى لما ثبت
 يميننا بهذه الآيات فكذا التحريم المضاف الى سائر النبايات
 دلالة ولان حرمة الحلال بسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل
 كالتنصيص على السبب مجازا وهذا لان لفظه يقتضى ثبوت
 الحرمة ولم يمكن اثبات الحرمة لعينه لانه ليس اليه تحريم عينه
 لما ذكر فتثبت الحرمة لغيره كما هو موجب اليمين اذا حلف
 ان لا يدخل هذه النار حرم الدخول من حيث انه حنث وان
 كان الدخول مباحا في نفسه فاذا قال حلالا لله على حرام لم يكن
 اثبات الحرمة لعينه فصار كناية عن قدر ما جعل اليه من التحريم
 كيلا يلفغو كلامه قوله وكذا ينبغي في قوله حلال بروى
 حرام للعرف * وفي فتاوى الشيخ الامام نجم الدين النسفي
 حلال المسلمين على حرام ينصرف الى الطلاق بلانية بالعرف
 وكذا في قوله هرجه بدست راست كيرم بروى حرام ولو
 قال بدست يمين كيرم لا يكون طلاقا لعدم العرف ولو قال
 بدست كيرم كان طلاقا في التهمة قوله ومن نذر نذرا
 مطلقا اى منجزا غير معلق بان قال لله على صوم شهر

قوله ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حث عليه لما روى عن العبادة الثالثة رضى الله تعالى عنهم اجمعين موقوفا ومرفوعا
من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حث عليه ولا كفارة * وقوله في الكتاب فقد بر في يمينه اي لم يعقد بيمينه قوله الا انه
لا بد من الاتصال لانه بعد الانفصال رجوع ولا يصح الرجوع في الايمان * وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه يجوز الاستثناء المنفصل الى ستة
اشهر لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت اي اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثنى مفعولا * وروى ان محمد بن اسحق صاحب المغازي كان
عند المنصور وكان عنده يقرأ المغازي وابو حنيفة كان حاضرا فاراد ان يقرأ الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جديك في الاستثناء المنفصل
فقال ابلغ من قدرك ان تخالف جدي فقال ان هذا يريد ان يفسد
عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فتبارك الله لك
في عهدك اذن فان الناس يباعدونك ويحلفون ثم يخرجون
ويستثنون ثم يخالفون فلا يحشون فقال نعم ما قلت وغضب
على محمد بن اسحق واخرجه من عنده * وفي تصحيح الاستثناء
المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة عن ان تكون
ملزمة ولا يحتاج حينئذ الى المحلل لان المطلق يستثنى اذا ندم
وقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت معناه اذالم تذكر
ان شاء الله في اول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولا بكلامك

كتاب الايمان باب اليمين (١٥٥) في الدخول والسكنى

قال (ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه
فلا حث عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم 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

(ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة
او الكنيسة لم يحث) لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع
ما بنيت لها (وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار) لما
ذكرنا * والظلة تكون على السكة * وقيل اذا كان الدهليز
بجيب لو اغلق الباب يبق داخلها وهو مسقف يحث لانه بيات فيه
عادة (وان دخل صفة حث) لانه تبني للبيتوتة فيها في بعض
الاقوات فصارت كالشئى والصيفى * 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 يحث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما
انهدمت وصارت صحراء حث) لان الدار اسم للعرصة
عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار
العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو
وفي الغائب مستبر (ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت
ثم بنيت اخرى فدخلها يحث) لما ذكرنا ان الاسم باق بعد
الانهدام (وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بنى بيتا
فدخله لم يحث) لانه لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه
وكذا اذا دخل بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم
الدار (وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم
وصار صحراء لم يحث) لزال اسم البيت لانه لا يبات فيه
حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحث لانه يبات فيه
والسقف وصف فيه (وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحث)
لان الاسم لم يبق بعد الانهدام قال (ومن حلف لا يدخل هذه
الدار فوقف على سطحها حث) لان السطح من الدار

باب اليمين في الدخول والسكنى

الاصل ان الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على العرف
عندنا * وعند الشافعي على الحقيقة لان الحقيقة حقيق بان تراء *
وعند مالك على معاني كلام القرآن لانه على اصح اللغات وانصحا
ولنا ان عرض الحالف ما هو المتعارف فينعقد بقرضه الاترى
ان من حلف لا يستضيء بالسراج او يجلس على البساط
فاستضاء بالشمس او جلس على الارض لا يحث وان سمي
في القرآن الشمس سراجا والارض بساطا قوله والظلة
تكون على السكة * وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار
يريدون بها السدة التي فوق الباب * وعن صاحب المحصر
هى التى احد طرفي جنوعها على هذه الدار وطرفها الآخر
على حائط الجدار المقابل * وذكر في الفخيرة ولودخل ظلة
باب ذكر في الكتاب انه لا يحث واراد بالظلة الساباط
الذى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء لانه لا يطلق
عليه اسم البيت لانه لا يبات فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء
الا ان مفتحه الى الطريق لا يحث اذا كان عقد بيمينه على
بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته قوله وهكذا
كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه هو الصحيح *
وفي المسوط من اصحابنا من يقول هذا الجواب اي الجواب
بالحث بناء على عرف اهل الكوفة لان الصفة عندهم اسم
لبيت يسكنونها صيفا ومثلها في ديارنا تسمى كاشانه واما الصفة
ففي عرف ديارنا غير البيت ولا يطلق عليه اسم البيت بل
ينفي عنه فيقال هذه صفة وليس بيت ولا يحث * والاصح
عندى ان مراده حقيقة ما يسميه الصفة * ووجه ان البيت
اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة
فيه وهذا موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع من مدخل
البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحث
بسكنائها الا ان يكون نوى البيوت دون الصفات فيحث
يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه خص العام ببيته
قوله لان الدار اسم للعرصة اي بعد البناء بقى البناء
اولم يبق فاما العرصة قبل البناء لاتسمى دارا الاترى ان
الفاوز والمزارع لاتسمى دارا قوله وقد شهدت اشعار
العرب بذلك قال لبيد عفت الديار عملها فمقامها * مبنى
تابدغولها فرجامها وقال النابغة يادار مية بالعلياء

والسند * اوت وطال عليها سالى الابد * قوله غير ان الوصف في الحاضر لغو لان الاشارة ابلغ في التعريف فاغنت عن الوصف الذى وضع للتوضيح
فاستوى وجوده وعدمه وتعلقت اليمين بناها وذاتها باق بعد انتقاض الحيطان وفي المنكر معتبرة لان الغائب يعرف بالوصف فتعلقت
اليمين بدار موصوفة بصفة فلا يحث بعد زوال تلك الصفة ولا يلزم على هذا ما لو حلف ان لا ياكل من هذا الرطب فانه لا يحث باكله بعد ما صار تمر لان
الصفى في اليمين انما يكون لغو اذا لم تكن الصفة داعية الى اليمين كما لو حلف ان لا ياكل ما عجب هذا الطيلسان اولياى كل لحم هذا الجبل والرطوبة

تصلح داعية * وبعضهم شرطوا أيضا ان لا تذكر الصفة بطريق الشرط حتى لو قال ان دخلت هذه المرأة راكبة هذه الدار فهي طالق لم تطلق اذا دخلت ماشية لانها ذكرت بطريق الشرط وفيما نحن فيه اشارة الى عين موصوفة بصفة مرغوبة وهو البناء والعمارة وانما بمنزلة الوصف للعروة فوجب ان يكون الوصف لفظا فيما اشار اليه لانه لا يكون منكورا بطريق الشرط ولا يصلح داعيا الى اليمين بترك الدخول وفي المنكر يكون وصف البناء معتبرا كما لو حلف لا يكلم صاحب طيلسان اولايكم صيا تتقيد اليمين بالصفة المذكورة فيهما * فان قيل قال محمد في كتاب الوكالة ولو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة تازم الموكل ولو كانت الصفة في المنكر معتبرة وجب ان لا يلزمه * قلنا الصفة انما اعتبرت في المنكر من كل وجه والدار في الوكالة يعرف من وجه لان التوكيل بشراء الدار انما يصح بعد بيان الثمن والمحلة * فان قيل لو حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد بصفة ما فوجب ان لا تتقيد الدار بصفة البناء ايضا قلنا صفة البناء معينة للدار فجاز ان يكون مراده بحكم العرف والصفات في الرجل متراحمة وجميع الصفات باسرها ممتنعة للتضاد وليس البعض اولى من البعض فلهدا افتراقا والسقف في البيت بمنزلة البناء في الدار اعترض في المنكر دون المعروف **قوله** والقياس ان يحث وهو قول الشافعي لان الدوام له حكم الابتداء حتى لو نوى بالدخول الدوام صححت نيته ولو لم يكن له حكم الابتداء لما صححت نيته * ولنا ان الاصل ان ما لا يمتد من الافعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء * وما يمتد من الافعال يعطى لدوامه حكم الابتداء والدليل عليه قوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري اى لا تمكث قاعد او قال عليه السلام لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك والفرق بين الممتد وغير الممتد من الافعال صحة قران المدة به وعدم الصحة لكل فعل يصح قران المدة به فهو مما يمتد كالسكنى والركوب واللبس والنظر والعود والقيام فانه يصح ان يقال سكن في الدار يوما وركب يوما وليس يوما ونظر الى فلان يوما وقعد يوما وقام يوما وكل فعل لا يصح قران المدة به فهو مما لا يمتد كالدخول والخروج اذ لا يصح ان يقال خرج يوما من الدار ودخل يوما في الدار بمعنى ضرب المدة والتوقيت لان الدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل والخروج بعكسه ولم يوجد الانتقال من الخارج الى الداخل بعد يمينه وانما وجد المكث فيها واذا غير معتبر الدخول الا ترى انه يقال للقاعد قعد هنا كما يقال لغيره ولا يقال للداخل ادخل هذه الدار **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حث وهذا اذا كان الحالف متأهلا فان كان ممن يعوله غيره بان كان ابنا كبيرا يسكن مع ابيه او كانت امرأة حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه على نية عدم العود وحلف متاعه هناك لا يحث * وقال الفقيه ابو الليث هذا اذا عقد يمينه بالعربية اما اذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحث اذا خرج بنفسه وحلف اهله ومتاعه فيها كذا في الفوائد الظهير يتو منى كان الحالف متأهلا وعقد يمينه بالعربية لوضع من الخروج ومنعوا متاعه ايضا واوثقوه ووجد باب الدار مغلقا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحث بخلاف ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيده ومنع من الخروج حيث تطلق وكذا لو قال لامرأته وهى في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق ففنعها الولد عن الحضور تطلق في الصحيح لان شرط الحث هنا عدم الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللإكراه اثر في اعدام الفعل وثم شرط الحث عدم الفعل وليس للإكراه اثر في ابطال العدم * وفي الشافعي ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او بمنع ذي سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحث خلافا لغيره لان حالة الضرورة مستثناة وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لم يحث حتى يجد من ينقله ويلحق الوجود بالمعدوم للعذر كذا ذكره الامام الترمذى

تصلح داعية * وبعضهم شرطوا أيضا ان لا تذكر الصفة بطريق الشرط حتى لو قال ان دخلت هذه المرأة راكبة هذه الدار فهي طالق لم تطلق اذا دخلت ماشية لانها ذكرت بطريق الشرط وفيما نحن فيه اشارة الى عين موصوفة بصفة مرغوبة وهو البناء والعمارة وانما بمنزلة الوصف للعروة فوجب ان يكون الوصف لفظا فيما اشار اليه لانه لا يكون منكورا بطريق الشرط ولا يصلح داعيا الى اليمين بترك الدخول وفي المنكر يكون وصف البناء معتبرا كما لو حلف لا يكلم صاحب طيلسان اولايكم صيا تتقيد اليمين بالصفة المذكورة فيهما * فان قيل قال محمد في كتاب الوكالة ولو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة تازم الموكل ولو كانت الصفة في المنكر معتبرة وجب ان لا يلزمه * قلنا الصفة انما اعتبرت في المنكر من كل وجه والدار في الوكالة يعرف من وجه لان التوكيل بشراء الدار انما يصح بعد بيان الثمن والمحلة * فان قيل لو حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد بصفة ما فوجب ان لا تتقيد الدار بصفة البناء ايضا قلنا صفة البناء معينة للدار فجاز ان يكون مراده بحكم العرف والصفات في الرجل متراحمة وجميع الصفات باسرها ممتنعة للتضاد وليس البعض اولى من البعض فلهدا افتراقا والسقف في البيت بمنزلة البناء في الدار اعترض في المنكر دون المعروف **قوله** والقياس ان يحث وهو قول الشافعي لان الدوام له حكم الابتداء حتى لو نوى بالدخول الدوام صححت نيته ولو لم يكن له حكم الابتداء لما صححت نيته * ولنا ان الاصل ان ما لا يمتد من الافعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء * وما يمتد من الافعال يعطى لدوامه حكم الابتداء والدليل عليه قوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري اى لا تمكث قاعد او قال عليه السلام لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك والفرق بين الممتد وغير الممتد من الافعال صحة قران المدة به وعدم الصحة لكل فعل يصح قران المدة به فهو مما يمتد كالسكنى والركوب واللبس والنظر والعود والقيام فانه يصح ان يقال سكن في الدار يوما وركب يوما وليس يوما ونظر الى فلان يوما وقعد يوما وقام يوما وكل فعل لا يصح قران المدة به فهو مما لا يمتد كالدخول والخروج اذ لا يصح ان يقال خرج يوما من الدار ودخل يوما في الدار بمعنى ضرب المدة والتوقيت لان الدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل والخروج بعكسه ولم يوجد الانتقال من الخارج الى الداخل بعد يمينه وانما وجد المكث فيها واذا غير معتبر الدخول الا ترى انه يقال للقاعد قعد هنا كما يقال لغيره ولا يقال للداخل ادخل هذه الدار **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حث وهذا اذا كان الحالف متأهلا فان كان ممن يعوله غيره بان كان ابنا كبيرا يسكن مع ابيه او كانت امرأة حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه على نية عدم العود وحلف متاعه هناك لا يحث * وقال الفقيه ابو الليث هذا اذا عقد يمينه بالعربية اما اذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحث اذا خرج بنفسه وحلف اهله ومتاعه فيها كذا في الفوائد الظهير يتو منى كان الحالف متأهلا وعقد يمينه بالعربية لوضع من الخروج ومنعوا متاعه ايضا واوثقوه ووجد باب الدار مغلقا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحث بخلاف ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيده ومنع من الخروج حيث تطلق وكذا لو قال لامرأته وهى في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق ففنعها الولد عن الحضور تطلق في الصحيح لان شرط الحث هنا عدم الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللإكراه اثر في اعدام الفعل وثم شرط الحث عدم الفعل وليس للإكراه اثر في ابطال العدم * وفي الشافعي ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او بمنع ذي سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحث خلافا لغيره لان حالة الضرورة مستثناة وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لم يحث حتى يجد من ينقله ويلحق الوجود بالمعدوم للعذر كذا ذكره الامام الترمذى

كتاب الايمان باب اليمين (١٥٦) في الدخول والسكنى
الانى ان المعتكى لا يفسد اعتكافه بالخرج الى سطح المسجد وقيل
في عرفنا الايحت وهو اختيار الفقيه ابى الميث قال (وكذا اذا دخل
دهليزها) ويجب ان يكون على التفصيل الذى تقدم (وان وقف في
طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحث)
لان الباب لا حراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار
قال (ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحث
بالقعود حتى يخرج ثم يدخل) استحسانا والقياس ان يحث
لان الدوام له حكم الابتداء * وجه الاستحسان ان الدوام
لادوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل (ولو حلف
لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحث)
وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من
ساعته لم يحث وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو
ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحث لوجود
الشرط وان قل * ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه
زمان تحققه (فان لبث على حاله ساعة حث) لان هذه
الافاعيل لها دوام يحدث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة
يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال
دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص
يصدق لانه محتمل كلامه (ومن حلف لا يسكن هذه الدار
فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حث)
لانه بعد ساكنها ببقاء اهلها ومتاعه فيها عرفا فان السوق عامة نهاره
في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار

(ولو)

تصلح داعية * وبعضهم شرطوا أيضا ان لا تذكر الصفة بطريق الشرط حتى لو قال ان دخلت هذه المرأة راكبة هذه الدار فهي طالق لم تطلق اذا دخلت ماشية لانها ذكرت بطريق الشرط وفيما نحن فيه اشارة الى عين موصوفة بصفة مرغوبة وهو البناء والعمارة وانما بمنزلة الوصف للعروة فوجب ان يكون الوصف لفظا فيما اشار اليه لانه لا يكون منكورا بطريق الشرط ولا يصلح داعيا الى اليمين بترك الدخول وفي المنكر يكون وصف البناء معتبرا كما لو حلف لا يكلم صاحب طيلسان اولايكم صيا تتقيد اليمين بالصفة المذكورة فيهما * فان قيل قال محمد في كتاب الوكالة ولو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة تازم الموكل ولو كانت الصفة في المنكر معتبرة وجب ان لا يلزمه * قلنا الصفة انما اعتبرت في المنكر من كل وجه والدار في الوكالة يعرف من وجه لان التوكيل بشراء الدار انما يصح بعد بيان الثمن والمحلة * فان قيل لو حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد بصفة ما فوجب ان لا تتقيد الدار بصفة البناء ايضا قلنا صفة البناء معينة للدار فجاز ان يكون مراده بحكم العرف والصفات في الرجل متراحمة وجميع الصفات باسرها ممتنعة للتضاد وليس البعض اولى من البعض فلهدا افتراقا والسقف في البيت بمنزلة البناء في الدار اعترض في المنكر دون المعروف **قوله** والقياس ان يحث وهو قول الشافعي لان الدوام له حكم الابتداء حتى لو نوى بالدخول الدوام صححت نيته ولو لم يكن له حكم الابتداء لما صححت نيته * ولنا ان الاصل ان ما لا يمتد من الافعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء * وما يمتد من الافعال يعطى لدوامه حكم الابتداء والدليل عليه قوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري اى لا تمكث قاعد او قال عليه السلام لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك والفرق بين الممتد وغير الممتد من الافعال صحة قران المدة به وعدم الصحة لكل فعل يصح قران المدة به فهو مما يمتد كالسكنى والركوب واللبس والنظر والعود والقيام فانه يصح ان يقال سكن في الدار يوما وركب يوما وليس يوما ونظر الى فلان يوما وقعد يوما وقام يوما وكل فعل لا يصح قران المدة به فهو مما لا يمتد كالدخول والخروج اذ لا يصح ان يقال خرج يوما من الدار ودخل يوما في الدار بمعنى ضرب المدة والتوقيت لان الدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل والخروج بعكسه ولم يوجد الانتقال من الخارج الى الداخل بعد يمينه وانما وجد المكث فيها واذا غير معتبر الدخول الا ترى انه يقال للقاعد قعد هنا كما يقال لغيره ولا يقال للداخل ادخل هذه الدار **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حث وهذا اذا كان الحالف متأهلا فان كان ممن يعوله غيره بان كان ابنا كبيرا يسكن مع ابيه او كانت امرأة حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه على نية عدم العود وحلف متاعه هناك لا يحث * وقال الفقيه ابو الليث هذا اذا عقد يمينه بالعربية اما اذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحث اذا خرج بنفسه وحلف اهله ومتاعه فيها كذا في الفوائد الظهير يتو منى كان الحالف متأهلا وعقد يمينه بالعربية لوضع من الخروج ومنعوا متاعه ايضا واوثقوه ووجد باب الدار مغلقا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحث بخلاف ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيده ومنع من الخروج حيث تطلق وكذا لو قال لامرأته وهى في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق ففنعها الولد عن الحضور تطلق في الصحيح لان شرط الحث هنا عدم الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللإكراه اثر في اعدام الفعل وثم شرط الحث عدم الفعل وليس للإكراه اثر في ابطال العدم * وفي الشافعي ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او بمنع ذي سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحث خلافا لغيره لان حالة الضرورة مستثناة وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لم يحث حتى يجد من ينقله ويلحق الوجود بالمعدوم للعذر كذا ذكره الامام الترمذى

قوله ولو كان اليمين على المصر الى قوله لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والغارق العرف فان من يكون بصره لا يقال هو ساكن ببغداد وان كان اهله وثقله ببغداد بخلاف الدار والمحلة والبيت فان الساكن في السوق يقول اسكن محلة كذا اودار كذا اوبيت كذا اذا كان اهله وثقله ثمة * وعند الشافعي الدار كالمصر لانه يعتبر الحقيقة في الايمان ولا تعتبر العادة بخلاف الحقيقة اذ الحجاز لا يعارض الحقيقة قال فان خرجت من مكة وخلفت فيها ذميرت افا كون ساكنا بمكة وعندنا بالعادة الظاهرة تترك الحقيقة لما عرف والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه * ثم قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا بد من نقل كل المتاع لان السكنى قد

كتاب الايمان باب اليمين (١٥٧) في الدخول والسكنى

ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب * ثم قال ابو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه * وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر * وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كد هدايته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر * دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال (ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث) لان فعل المأمور مضاف الى الأمر فصار كما اذ اركب دابة فخرجت (ولو اخرجته مكرها لم يحنث) لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر (ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث) في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا قال (ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث) لان الموجود خروج المستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج (ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريد بها ثم رجع حنث) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج (ولو حلف لا ياتيها لم يحنث حتى يدخلها) لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان

(الهداية مع الكفاية) ٢٩

لم يمكنه لا قوله ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح * وقال بعضهم يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يخرج صار كالأمر بالاخراج ثم فيما لم يحنث هل تنحل اليمين الصحيح انه لا تنحل اليمين حتى لو حلف على الدخول فادخل مكرها ثم خرج فدخل مختاراً حنث في الصحيح * وقيل ينحل فلا يحنث قوله والمضى بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانتقال من الباطن الى الظاهر وهو لم يوجد بعد الخروج بل وجد منه الاتيان الى حاجة اخرى والاتيان غير الخروج لان الاتيان عبارة عن الوصول قوله ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريد بها ثم رجع حنث ويشترط للحنث ان يجاوز عمران معبره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز عمران مصره لا يحنث وان كان على هذه النية

تثبت بالكل فتبقى ما بقي شيء منه * وهذا لما عرف من اصله ان الحكم اذا ثبت بعلة يبقى ببقاء جزء من العلة وان قل كما في العصير لا يتخمر ما بقي جزء من العصير وانما يصير خمرا اذا قذف بالزبد وكما قال الحكم في الزكوة يبقى ببقاء جزء من النصاب وان قل اذا كان في طرفي الحول تاما وكما قال دار الاسلام لاتصير دار الحرب ما بقي مسلم واحد آمنة بالامان الاول * وقال بعض المشايخ انها يعتبر عند ابي حنيفة نقل الكل مما يقصد به السكنى اما اذا لم ينقل الا يقصد به السكنى كالوتد والمكسة وقطعة عصير بر في يمينه * فان قيل قد يتنق الشيء بانتفاء البعض كما ينتفي بانتفاء الكل كمجموع العشرة للدنانير مثلا ولم تنتفي السكنى ههنا بانتفاء البعض قلنا المجموع ينتفي بانتفاء البعض اذا كان المجموع من حيث الاجزاء كمجموع العشرة اما اذا كان من حيث الافراد لا ينتفي بانتفاء البعض كالرجال لا ينتفي بانتفاء البعض لان بعد ذلك ينتفي الرجال اما العشرة عشرة باعتبار اجزائها كما نقص منها شيء لا تنتفي عشرة والسكنى من قبيل الافراد لانه يعد ساكنا باعتبار بقاء البعض فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا فصح الاخبار بسكنى مع ان المخبر ليس هو فيها في عامة اوقاته قوله وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر والفتوى على قول ابي يوسف قالوا هذا الاختلاف في نقل الامتعة فاما الاهل فلا بد من نقلهم بلا خلاف كذا في الفوائد الظهيرية قوله دليله في الزيادات كوفي انتقل باهله ومناعه الى مكة ليستوطنها فلما دخلها وتوطن بها بدا له ان يعود الى خراسان فعاد ومر بالكوفة يصلي ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر كذا هنا وان كان في طلب مسكن آخر فترك الامتعة فيها اياما لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة طلب المنزل مستثنى بحكم العرف اذا لم يفرط في الطلب قوله كذا هذا قال الفقيه ابو الليث هذا اذا لم يسلم الدار المشتجرة الى صاحبها فان سلمها بر وان كان هو والمتاع في السكة اوفى المسجد *

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد وكذا الحكم في البيت والدار ولكن وضع المسئلة في المسجد حلالا ليمينته على العادة قوله ولو اخرجته مكرها اي حمله انسان فاخرجه مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لم يأمره ولو هدد فخرج بنفسه حنث لوجود الفعل منه * وقيل ان امكته الامتناع عن الخروج ومع هذا خرج حنث وان

لم يمكنه لا قوله ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح * وقال بعضهم يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يخرج صار كالأمر بالاخراج ثم فيما لم يحنث هل تنحل اليمين الصحيح انه لا تنحل اليمين حتى لو حلف على الدخول فادخل مكرها ثم خرج فدخل مختاراً حنث في الصحيح * وقيل ينحل فلا يحنث قوله والمضى بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانتقال من الباطن الى الظاهر وهو لم يوجد بعد الخروج بل وجد منه الاتيان الى حاجة اخرى والاتيان غير الخروج لان الاتيان عبارة عن الوصول قوله ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريد بها ثم رجع حنث ويشترط للحنث ان يجاوز عمران معبره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز عمران مصره لا يحنث وان كان على هذه النية

قوله وقيل هو الخروج وهو الاستماع وقيل لا يعنى مالم يدخلها الايمان لقوله تعالى اذها الى فرعون انه طغى فقولا له قولا لينا واذها الى
 الايمان ولولا ان النهاب والخروج يستعملان استعمالا واحدا يقال ذهب الى مكة وخرج الى مكة بمعنى واحد قال الله تعالى لينهب عنكم الرجس
 الى البرزخ عنكم فثبت ان النهاب هو الزوال والانفصال لان الازهاب افعال من النهاب والازهاب الازالة وكونه ازالة لا يفتقر الى وصول الزوال
 الى محل آخر فكذا النهاب الذى هو الزوال لا يشترط فيه الوصول وهذا الاختلاف فيها اذالم تكن لهنية فان نوى الخروج والايمان فعلى ما نوى لانه
 يحتمل كل واحد منهما وفي الايمان لا يشترط القصد للحث بل اذا وصل اليه يعنى قصد اولم يقصد قوله لان المستثنى خروج مقرور
 بالاذن لان التقدير لا يخرج امرأته خروجا الاخر وجا ملصقا
 بأذن فيكون ماوراء الخروج المقرور بالاذن باقيا تحت
 الحظر العام فيحتمل اذا وجد الخروج لاعن اذن لوجود شرط
 الحث كقوله ان خرجت من الدار الا بماخفة فانت طالق
 فخرجت بماخفة لم تطلق ولم يسقط الحظر حتى لو خرجت
 بلا ماخفة تطلق قوله ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة
 لا قضاء لانه محتمل كلامه لان الاستثناء يحتمل الغاية لكنه
 خلاف الظاهر وفيه تحفيظ ولو قال الا ان آذن لك ينتهى
 اليمين بالاذن مرة كما اذا قال حتى ان آذن لك وان نوى التعدد
 صدق لانه نوى الاستثناء من الغاية وبينهما مناسبة من حيث
 ان يحكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية يخالف ما قبلها *
 فان قيل يشكل على هذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت
 النبى الا ان يؤذن لكم فهناك بالاذن مرة لا تسقط حرمة الدخول
 بل الاذن يحتاج اليه فى كل مرة مع انه مذكور بكلمة الا ان
 قلنا حرمة الدخول فى بيت النبى عليه الصلوة والسلام ما ثبتت
 بهذا النص بل الاصل حرمة الدخول فى ملك الغير بغير اذنه
 الا ان هذا النص لا باحة الدخول بالاذن فبقى الدخول بغير
 الاذن على اصل الحرمة او نقول اشترط الاذن هناك فى كل مرة
 انما علم بأخر الآية وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤدى
 النبى ومعنى الايناء موجود فى كل ساعة فشرط الاذن فى كل
 مرة قوله ويطلق الاسم اى اسم الاستطاعة على سلامة
 الآلات وصحة الاسباب وارتقاء الموانع فى المتعارف فعند
 الاطلاق ينصرف اليه لان مطلق الكلام يحتمل على المتعارف
 قال الله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا
 وفسرها رسول الله عليه السلام بملك الزاد والراحلة وقال الله تعالى
 واعملوا لهم ما استطعتم والمراد ما قلنا فان نوى القدرة الحقيقية
 التى يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة لعند اهل السنة
 صدق ديانة لان داما يقع عليه اسم الاستطاعة قال الله تعالى
 ولن تستطيعوا ان تعدلوا فما استطاعوا ان يظهر وهو استطاعوا
 له نقبا الا انه خلاف الظاهر فلا يصدق القاضى * وفى رواية
 يصدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهذا بناء على انه اذا نوى
 حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفها صدق ديانة وقضاء وان كان
 يخالفها فى تصديقه قضاء وايمان واذا نوى ما قلنا لم يحتمل
 بحال لان تلك القدرة لا تسبق الفعل وانما يعرف وجودها
 بوجود الفعل فتمت لم يكن لم تكن له استطاعة وانما سمي استطاعة
 القضاء لان ذلك الفعل يوجد بايجاد الله تعالى وقضائه فانه
 تعالى اذا قضى وجود ذلك الفعل اوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل
 ولو لم توجد تلك القدرة لم يوجد ذلك الفعل فكانت تلك
 القدرة اى الاستطاعة استطاعة القضاء قوله وهذه تسمى
 يمين فور اى يمين الحال وهو فى الاصل مصدر فارت القدر
 اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التى لا ريب فيها
 ولا يثبت فقيل جاء فلان وخرج من فور اى من ساعته قوله وتفرد ابو حنيفة باظهاره ولم يسبقه احد فيه وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة
 كلا يفعل كذا او موقته كلابعول كذا اليوم فخرج قسما ثالثا وهى المطلقة لفظا والموقته معنى * وانما اخذنا من حديث جابر بن عبد الله وابيه حين
 دعيا الى نصرة انسان فعلقان لا ينصراه ثم نصحاه بعد ذلك ولم يحتمل وجهه ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الخرجة والضربة عرفايتقيد بذلك لان
 المطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم * وذكر فى الفوائد الظهيرية يمين الفور مأخوذ من فور ان القدر فسميت هى بهذا الاسم باعتبار فور ان الغضب

وقيل هو الخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (وان
 حلف لياثين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث فى آخر
 جزء من اجزاء حيوته) لان البر قبل ذلك مرجو (ولو حلف
 لياثين غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون
 القارة وفسره فى الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم
 يمنعه السلطان ولم يجرى امر لا يقدر على اتيانه فلم
 يأت حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين
 الله تعالى) وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل
 ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب فى المتعارف
 فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى
 حقيقة كلامه ثم قيل وتصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا تصح
 لانه خلاف الظاهر (ومن حلف لا يخرج امرأته الا باذنه فاذن
 لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث
 ولا بد من الاذن فى كل خروج) لان المستثنى خروج
 مقرور بالاذن وما وراه داخل فى الحظر العام ولو نوى
 الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
 الظاهر (ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم
 خرجت بعدها بغير اذنه لم يحتمل) لان هذه كلمة غاية
 فتنتهى اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك (ولو ارادت
 المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلس ثم
 خرجت لم يحتمل) وكذلك اذا اراد رجل ضرب عبده فقال
 له آخر ان ضربته فعبدى 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 عندى فقال ان تغديت
 فعبدى حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحتمل) 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 مبتدئا

(ومن)

بقوله ومن حلف لا يركب دابة فلان في المتوسط ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب حمارا او فرسا او برذونا او بغا حنث وكذلك ان ركب غيرها
من الدواب في القياس كالبعير والفيال لان اسم الدابة يتناول حقيقة وحكما فان الدابة ما يرب على الارض وقد عقد يمينه على فعل الركوب فيتناول
اي ركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير وقد تأيد ذلك بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة فانها
ذكرت من الركوب في هذه الانواع الثلثة وان كان يركب الفيال
والبعير في بعض الاوقات فذلك لا يدل على ان اليمين تتناول
الا ترى ان البقر والجاموس يركب ايضا في بعض النواضع
ثم لا يفهم من قول القائل يركب فلان دابة البقر الا ان نوى
جميع ذلك فيكون على ما نوى لان نوى حقيقة كلامه وفيه
تشديد عليه وان عنى الخيل وحدها لم يدين في الحكم لانه
نوى التخصص في لفظه العام ولو قال اركب ونوى الخيل
وحدها لم يدين لان القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان
في لفظه فعل الركوب دون المركب ونية التخصص تصح
في الملفوظ لانها لا لفظ له بقوله الا انه اذا كان عليه دين
مستغرق لا يحنث وان نوى الا انها بمعنى لكن لما قال لم
يحنث مطلقا استترك فبين الاحوال التي لا يحنث فيها فعلم
منه انه يحنث في بعض الاحوال فقال اذا كان عليه دين مستغرق
لا يحنث وان نوى واذا كان الدين غير مستغرق اولم يكن
عليه دين لا يحنث مالم يتو فعلم من هذا انه اذا لم يكن عليه
دين او كان غير مستغرق يحنث اذا نوى او نقول الا انها على
معناها لانه لما قال لم يحنث مطلقا استثنى ما يحنث فيه فكانه
قال اذا لم يكن عليه دين او كان غير مستغرق فحينئذ يحنث
اذ نوى بقوله وقال ابو يوسف يحنث في الوجوه كلها ومعنى
ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق او غير
مستغرق يحنث اذ نوى وقال محمد يحنث في الوجوه كلها نوى ولم ينو

كتاب الايمان (١٥٩) باب اليمين في الخروج

(ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبدا فون له مديون او غير مديون لم يحنث) عند ابى حنيفة الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينو لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال صلى الله عليه وسلم 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 لا اعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

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 فيصاح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والديس المطبوخ (وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيوازا لم يحنث) لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ما كول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكله بعد ما شاخ لان هجران المسلم يمنع الكلام منه فلا يعتبر الداعي داعيا في الشرع (ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث) لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش (ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبيا حنث عند ابى حنيفة وقال لا يحنث في الرطب) يعنى بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشرع او له ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه

باب اليمين في الاكل والشرب

الاكل ايصال الشيء الى جوفه ففيه مهشوما او غير مهشوم مضغها او غير مضغها مما يتأتى فيه المضغ والمهشم والشرب ايصال الشيء الى جوفه ففيه مما لا يتأتى فيه المضغ والشبه في حال ايصاله والنوق معرفة الشيء بفيه من غير ادخال عينه الا ترى ان الاكل والشرب مفطران للدوق * ولو حلف لا يأكل عبا او مرانا فجعل يضغعه ويرمى بتقله ويتلغ ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب لان هذا يسمى مصا ولا يسمى اكل ولا شربا * ولو حلف ان لا يأكل هذا اللبن فشره لا يحنث وانما يحنث اذا ثرذنيه ولو حلف ان لا يشرب ثرذنيه فاكله لا يحنث * قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية فان كانت بالفارسية فاكل او شرب كان حائثا وعليه الفتوى بقوله لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان بالصنعة يصير شيئا آخر والدليل عليه قوله تعالى لياكلوا من ثمره وما عملته ايديهم عطف على ما يعمل على الثمر والعطف دليل المغايرة قوله والديس المطبوخ قيد بالمطبوخ لانه يحنث في اليمين الذي يسيل من الرطب * وفي النخيرة اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئا فاكل من ثمرها او طابها او بسرها او دبسها حنث * ثم قال واراد بالديس ما يسيل من الرطب اذا اتخذ من اليمين ناطقا او نبيذيا لا يحنث في يمينه لان يمينه انصرف الى ما يخرج من النخلة والنبيذ والناطق لم يخرج من النخل كذلك * ولو حلف لا يأكل من هذا الكر من شيئا فاكل من غيره اوزيبيه او عصيره حنث في يمينه لان هذه الاشياء خارجة من الكر اما العنب والزبيب فظاهر واما العصير فلانه ماء العنب ولو اكل من خلّه لا يحنث لانه ليس بخارج منه بهذه الصفة الشيراز هو اللبن الرائب الخائر اذا استخرج منه ماء حتى صار الصقر لاط كالفالودج الخائر قوله بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي ولو حلف لا يكلم صبيا يتقيد بالصبي وان كان حراما مهجورا شرعا لانه صار مقصودا بالحلف لكونه هو المعروف للمحلوف عليه

فيجب تقيد اليمين به وان كان حراما كمن حلف ليشربن اليوم خمرا او ليشرقن الليلة يتقيد اليمين وان كان حراما لصيرورة الشرب والسوق مقصودين باليمين فيحنث ان لم يشرب اولم يشرق كذا هنا * قوله فصار كما اذا كان اليمين على الشرع بان حلف لا يشترى رطبا فاشترى بسرا مذنبيا اولا يشترى رطبا فاشترى كئباسة بسر فيها رطب اولا يشترى رطبا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لم يحنث

قوله يكون آكله أكل البسر والرطب ولهذا لو ميزه فأكله يحنث إجماعا فكذا إذا أكله مع غيره * فان قيل لو حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غائب لا يحنث وإن شرب المحلوق عليه وزيادة * قلنا اللبن بانصباب الماء فيه يشبع في جميع أجزائه الماء فيصير مستهلكا حتى لا يرى مكانه وهنا يرى مكانه وكان قائما زمان تناول * فان قيل الحنث يكون بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يصير مستهلكا ولا يرى مكانه الا ترى انه لو حلف لا يأكل حنطة فاكل شعيرا فيه حبات حنطة ان اكل حبة حنث وان جمع بين الحبات من النوعين في الاكل لا يحنث لانها تصير مستهلكة عنده * قلنا نعم كذلك ولكن معنى الاستهلاك ثمة اوضح لانه حينئذ لا يجد من طعام الحنطة شيئا في حلقه بخلاف مالواكل بسرا مذنبا او رطبا مذنبا لانه يجد في حلقه شيئا من حوضه البسر وحلاوة الرطب * وقيل الجواب فيهما واحد **قوله** وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة والصحيح انه لا يحنث بل لحم الخنزير والادى لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف * وذكر الزاهد العتابي انه لا يحنث وعليه الفتوى **قوله** وقالوا يحنث في شحم الظهر * وذكر الطحاوي قول مجيد مثل قول ابي حنيفة لابي يوسف ان شحم الظهر يذاب ويصلح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن الا ترى ان الله تعالى استثنى شحم الظهر من الشحوم حيث قال ومن البقر والغنم حرما عليهم شعورهما الا ما خملت ظهورهما او الحوايا او ما اختلط بعظم وحقيقة الاستثناء ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن واتفقوا على انه يحنث في شحم البطن والثلاثة على الاختلاف * وله انه لا يطلق اسم الشحم على اللحم السمين ولهذا لو حلف لا يأكل لحما فاكل شحما يحنث وكيف يكون شحما مع كونه لحما ويقال له اللحم السمين بالعربية وبالفارسية فربى لايه * واما الاستثناء فهو مقطع بدليل استثناء الحوايا * فان قيل المراد ما حملته الحوايا من الشحم * قلنا ذلك اضمار وهو خلاف الاصل والانقطاع في الاستثناء وان كان خلاف الاصل لكنه يثبت اذا دل الدليل وقد دل الدليل هنا وهو قوله او ما اختلط بعظم لان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم وقيل لو كانت يمينه على الشراء لا يحنث بشحم الظهر اتفاقا لان الشراء لا يتم الا بالبائع وبائع شحم الظهر يسمى لحما لا شحما بخلاف الاكل عندهما لان الاكل يتم بالاكل وحده وشحم الظهر شحم عندهما وبان لا يحنث في فصل الشراء لا يدل على انه ليس بشحم عندهما فقد اكل الشحم فيحنث الا ترى ان من حلف لا يشتري طعاما فاشترى لحما لم يحنث لان بائعه يسمى لحما * ولو حلف لا يأكل طعاما يحنث باكل اللحم لان الاكل يتم بالاكل وحده * ومن حلف لا يشتري حديدا فاشترى درعا من حديد لا يحنث لان بائعه يسمى زرادا لاحداده * ولو حلف لا يمس حديدا فمس درعا حنث لان المس يتم به وحده * وقيل فصل الشراء على الخلاف وهو اختيار صاحب الهداية حيث جمع بين الاكل والشراء * وذكر فيه الخلاف * واختلف المشايخ في تعيين محل الخلاف قال بعضهم الخلاف في اللحم السمين على الظهر فعلى هذا كلام ابي حنيفة اظهر **قوله** وقالوا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا يقال اهل بلدة هذا يأكلون الحنطة والمراد باطن الحنطة وذاعام يتناول عينها وما يتخذ منها فوجب العمل لعوم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول حانيا ومتنعلا وراكبا وراجلا لانه مجاز عن الدخول ومحمد مر على اصله في السويق المتخذ منه لانه اكل المتخذ منه * وابو يوسف خالف اصله لان حلقه انما يقع على المتخذ منه عرفا ولا عرف في الحنطة فعلى هذا اذا حلف لا يأكل الحنطة يجب ان لا يحنث باكل الحنطة عندهم جميعا كذا ذكره شيخ الاسلام غوامر رقا

كتاب الايمان باب اليمين (١٦٥) في الاكل والشرب

فيكون آكله أكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير (ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث) لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا اوليا كانه فاشترى عنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا (ومن حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث) والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولادم فيه لسكونه في الماء (وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام (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 وقالوا يحنث في شحم الظهر ايضا) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار * وله انه لحم حقيقة الا تراه انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببئعه في اليمين على بيع الشحم * وقيل هذا بالعربية فاما اسم بئيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر مجال (ولو حلف لا يشتري او لا يأكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث) لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم (ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة وقالوا ان اكل من خبزها حنث ايضا) لانه مفهوم منه عرفا ولا يحنث ان له حقيقة مستعملة فانها نقلت وتغلى ونسؤكل قضا وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعوم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبر حنث ايضا (ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث) لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه (ولو)

والجواب لابي حنيفة عن قولها ان المتعارف في الحنطة المطلقة لاني هذه الحنطة فعلى هذا اذا حلف لا يأكل الحنطة يجب ان لا يحنث باكل الحنطة عندهم جميعا كذا ذكره شيخ الاسلام غوامر رقا

(ولو استشفه كما هو لا يحنث) هو الصحيح لتعين المجاز مرادا (ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل مصر اكله خبزا) وذلك خبز الخنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان (ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث) لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه (وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث) لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان اوفى بلدة طعامهم ذلك يحنث (ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) لانه يراد به اللحم المشوى عند الاطلاق الا ان ينوى ما يشوى من بيض او غيره امكان الحقيقة (وان حلف لا يأكل الطبخ 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 مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبخا (ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التناير ويباع في مصر) ويقال يكبس (وفي 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 زمانه فيهما وفي زماننا في الغنم خاصة وفي زماننا يقتضى على حسب العادة كما هو المذكور المختصر (ومن حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنباً او مانا او رطباً او قثاء او خياراً لم يحنث وان اكل تفاحاً او بطيخاً او مشمشاً حنث وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد حنث في العنب والرطب والرمان ايضا) والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اى يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخوانها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول يباعا وكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها و ابو حنيفة يقول ان هذه الاشياء مما يتفدى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات (ولو حلف لا يأتمم فكل شىء اصطبغ به فهو ادم والشواء ليس بادم والملح ادم وهذه عند ابي حنيفة و ابي يوسف وقال محمد كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو ادم) وهو رواية عن ابي يوسف

قوله ولو استشفه كما هو لم يحنث وقيل يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة ولو عني اكل الدقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز لانه حقيقة كلامه قوله وان حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ من اللحم اى بالماء واما القلية اليابسة فلا تسمى مطبوخا وهذا استحسان والقياس ان يحنث في اللحم وغيره مما هو مطبوخ ولكن الاخذ بالقياس متعذر حيث ينسد عليه باب المطعومات والمسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم انه لو لم يرد به ذلك فعملناه على خاص وهو متعارف وهو اللحم لانه الذى يطبخ في العادات الظاهرة ومتخذة بسمى طبخا فاما من طبخ الاخر فلا يسمى طبخا قوله والرطب واليابس فيه سواء يعنى ان ما كان فاكهة لا فرق بين رطبه ويابس به بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ لان التفكه به غير معتاد قوله فاوجب قصورا في معنى التفكه وهذا لان الفاكهة اسم لما يكون تبعا فما يكون اصلا من وجه من حيث انه يصلح للامعاء والدواء لا يتناول اسم الفاكهة لان جهة الاصلية فيه اوجبت قصورا في تبعيته فلا يتناول اسم التبغ كما لا يتناول اسم الشحم للحم السمين وكما لا يتناول اسم المبنى عن كمال مسماه القاصر كاللحم لا يتناول السمك والملوك لا يتناول المكاتب قوله ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من الاقوات كيابس العنب يريد به ان يابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فالناس في زمن ابي حنيفة كانوا لا يتفكحون بها وفي زمنهما يتفكحون فانفتى كل بحسب ما شاهد في زمانه * وفي المحيط العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين وما لا فلا قوله ولو حلف لا يأتمم فكل شىء اصطبغ به فهو ادم ولفظ اصطبغ به على البناء للمفعول * وفي المغرب الصبغ ما يصبغ به ومنه الصبغ من الادم لان الخبز يغمس فيه ويلون به للخل والزيت ويقال اصطبغ الخبز بالخل

قوله لان الادام من الموادمة وهي الموافقة قال صلى الله عليه وسلم المغيرة بن شعبه رضى الله عنه حين خطب امرأة بصرها فانه اجرى ان يوادم بينكما اي يوافق قسوله كاللحم والبيض ونحوه كالجن والسبك قسوله والتبعية في الاختلاط حقيقة يعنى التبعية في الاختلاط ليكون قائما في التبعية حكما في ان لا يؤكل وحده والدين لا يتأتى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شرابا لا اكلا وكذا الخل ونحوه من المائعات واما العنب والبطيخ قيل على الاختلاف * وذكر الامام السرخسي انه ليس بادام بالاجماع لان آكله لا يسمى مؤثما قسوله فالغذاء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر وهذا توسيع في العبارة ومعناه اكل الغذاء والعشاء والسحور على حذف الضافة وذلك لان الغذاء اسم لطعام الغذاء لا اسم اكله وكذلك العشاء بالفتح والمد اسم لطعام العشي كذا في المغرب قسوله ولهذا يسمى الظهر احدى صلواتي العشاء روى ان النبي عليه السلام انصرف من احدى صلواتي العشاء على ركعتين اما الظهر أو العصر فسمى الراوى هاتين الصلوتين صلواتي العشاء قسوله وينطلق على ما يقرب منه السحور مأخوذ من السحر وانه اسم آخر الليل قبل طلوع الفجر فكان منتصف الليل قريبا من السحر فيطلق عليه اسم السحر قسوله ثم الغذاء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة حتى لو اكل لقمة او لقمتين لا يعنى ومقدار الغذاء والعشاء ان يأكل اكثر من نصف الشبع قسوله وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم يعنى ان كانت خيرا فضيز وان كانت لحما فلحمة حتى ان الحضري لو حلف على ترك الغذاء فشرى اللبن لم يحنث والبديوي بخلافه لانه غذاء في البادية والتضحى ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الاكبر وروى عن محمد بن حنفى لا يكله الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير وكله لم يحنث لان وقت السحر ما قرب من الفجر وانتهت اليمين بدخول وقت السحر والمساء مسا آن احدهما انه اذا زالت الشمس والآخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يسمى فهذا على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثاني كذا في الايضاح قسوله ومن قال ان لبست الى قوله لم يدين في القضاء وغيره اي لا يصدق قضاء وديانة لان النية تعمل في المنفوط لانها لتعيين ما احتمله اللفظ والثوب وما يضاهاه غير ملفوظ وانما ثبت مقتضى ولا عموم للمقتضى عندنا فلم يحتل التخصيص وعند الشافعي يصدق ديانة لان المقتضى عموما عنده * وعن ابي يوسف انه يصدق فيما بينه وبين الله وبه اخذ الخصاص * ولو قال ان خ جت ونوى السفر يصدق ديانة لتنوعه الى مديد وقصير فصح تعيينه احدهما ولو نوى مكة لا يصدق قضاء وديانة ولو حلف لا يساكن ونوى المساكنة في بيت واحد يصدق لانه نوى ان يكون من المساكنة فان اعم ما يكون من المساكنة في بلدة والمطلق من المساكنة في العرف في دار واحدة وانما ما يكون من المساكنة في بيت واحد فهذه النية ايضا ترجع الى نوع المساكنة الثابتة بصيغة كلامه والاصل فيه عندنا انه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص في المفعول كنية التخصيص في الملبوس والمطعم والمشروب في مسئلة الكتاب لاتصح نيته وكذا لو نوى تخصيص الخال بان يقول لرجل وهو قائم والله لا اكله ونوى حالة قيامه لا يصح الا ان يقول في يمينه لا اكله هذا الرجل القائم وكذا لو نوى تخصيص الصفة بان يقول لا تزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لغت نيته ولو نوى عممية او حشمية عملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في الجنس وذلك في لفظه كذا في المتوسط قسوله حتى يكرع منها الكرع تناول الماء بالقم من موضعه يقال كرع الرجل في الماء اذا مدعته نحوه ليشربه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه اكرعه قسوله وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقة في الكرع اي حقيقة في ان يضع فاعلى بعض الدجلة وفي الكرع ذلك اول ابتداء الغاية وذلك في ان يكون ابتداء شربه من دجلة والحقيقة مستعملة عرفا وشرعا ما عرفنا فظاهر واما شرعا فلانه جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء باقى في الشن والاكرعنا في الوادى الحقيقة مراده هنا ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا * فان قيل لانسلم ان الحنث في الكرع باعتبار الحقيقة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان ولما كان كذلك وجب ان يحنث فيما اذا شربه بالاغتراف لما ان الحكم في عموم المجاز كذلك * قلنا الكرع من الفرات مستعمل والحكم يترتب على الحقيقة دون المجاز اذا كانت مستعملة بخلاف قوله لا يضع قدمه الى دار فلان فان ذلك صار عبارة عن الدخول في العرف ولهذا لا يحنث بوضع القدم اذا لم يدخل والاختلاف فيما اذا حلف لا يشرب من دجلة نظير الاختلاف فيما اذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة

كتاب الايمان باب اليمين (١٦٢) في الاكل والشرب

لان الادام من الموادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه * ولهما ان الادام ما يؤكل تبعاً والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الافراد حكما وتام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعاً بخلاف اللحم وما يضاهاه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح (واذا حلف لا يتغدى فالغذاء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى الظهر احدى صلواتي العشاء في الحديث (والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر) لانه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغذاء 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 فعبدى حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره) لان النية انما تصح في المنفوط والثوب وما يضاهاه غير مذكور تنصيحا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه (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 (ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرى منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابى حنيفة) * وقال اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم * وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا (وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرى منها باناء حنث) لانه بعد الاعتراف بقى منسوباً اليه

(وهو)

شرعا ما عرفنا فظاهر واما شرعا فلانه جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء باقى في الشن والاكرعنا في الوادى الحقيقة مراده هنا ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا * فان قيل لانسلم ان الحنث في الكرع باعتبار الحقيقة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان ولما كان كذلك وجب ان يحنث فيما اذا شربه بالاغتراف لما ان الحكم في عموم المجاز كذلك * قلنا الكرع من الفرات مستعمل والحكم يترتب على الحقيقة دون المجاز اذا كانت مستعملة بخلاف قوله لا يضع قدمه الى دار فلان فان ذلك صار عبارة عن الدخول في العرف ولهذا لا يحنث بوضع القدم اذا لم يدخل والاختلاف فيما اذا حلف لا يشرب من دجلة نظير الاختلاف فيما اذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة

قوله وهو الشرط أي كونه منسوباً إلى دجلة بخلاف ما تقدم لأن الشرط ثمة إن يكون ابتداء شربه من موضع يسمى دجلة أو بعض دجلة ولو خلق لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء في كوز آخر فشرب منه لم يحدث لتبدل النسبة ولو خلق لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر آخر من الفرات حدث لأن حلقه انعد على ما منسوب إلى الفرات والنسبة لا تنقطع بالأنهار الصغار **قوله** فصار كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة هذا إذا كان النهر الذي يأخذ من دجلة صغيراً أما إذا كان كبيراً تنقطع النسبة من دجلة **قوله** ولو كانت اليمين مطلقاً أي غير موقت بوقت وهو اليوم مثلاً في الوجه الأول وهو ما إذا لم يكن في الكوز ماء لا يحدث عندهما وعند أبي يوسف يحدث في الحال وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان الماء موجوداً في الكوز فأمر بيمين في قولهم جميعاً **قوله** فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت أي في الحدث وتأخره فقال في المطلق تنجز الحدث كما فرغ من اليمين وفي الموقت باليوم يتأخر الحدث إلى آخر اليوم وهذا أيضاً في الحدث وعنده من صورته واحدة وهو ما إذا كان الماء موجوداً وقت اليمين ثم أهرق فقالا في المطلق يحدث وفي الموقت باليوم لا يحدث * وجه الفرق لأبي يوسف أن في اليمين المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين والتوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت * فإن قيل التوقيت أنها يكون للتوسعة إن لو وجب الفعل عليه في الحال لولا ذكر الوقت وليس كذلك فإن من عقد يمينه على الفعل مطلقاً يجب عليه في آخر عمره كما في قوله ليأتين البصرة فيكون التوقيت على هذا للتضييق لا للتوسعة * قلنا إنما ينتظر آخر العمر في فعل يرجي بحقيقته كما في قوله ليأتين البصرة وهذا بعزل من ذلك لأنه لا يرجي شرب الماء المعلوم فلا فائدة في الانتظار فيجب الفعل في الحال * ووجه الفرق لهما كذلك أن في المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين فقوات المحلوف عليه بعد وجوب البر لا يمنع الحدث كما إذا مات الحالف والماء باقٍ فلما في الموقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت لما عرف أن اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مضافاً إلى وقت تعيين الجزء الأخير للزوم الفعل ولا يحدث بترك الفعل المحلوف عليه قبل ذلك لأن الوقت صار ظرفاً له لا معياراً فيلزم في جزء من ذلك الوقت ويتعين آخره كصلوة الظهر في وقت الظهر يتعين آخر الوقت وكذا إذا هلك المحلوف عليه قبل آخر الوقت لا يحدث في الحال بالاجماع أيضاً وإنما الخلاف في الحدث بعد مضي الوقت عند أبي يوسف يحدث وعندهما لا يحدث وإذا ثبت أن البر يجب في آخر الوقت وعند ذلك لم يبق محلبة البر لاراقة الماء قبل ذلك فلا يجب البر ويطلب اليمين * فإن قيل ينبغي أن يبقى اليمين ولا يبطل لأن إعادة ذلك الماء مقدور وعقد اليمين ابتداء على تلك القدرة جائز كما إذا خلق ليقبلن هذا الحجر ذهباً فإولى أن يبقى العقود على تلك القدرة * قلنا ابتداء اليمين انعقدت في الكوز على الممكن في الظاهر وعند الاراقة ما بقي ذلك الممكن ممكناً فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت ما في مسألة الحجر اليمين انعقدت ابتداء على القدرة في الجملة لاعلى الامكان الظاهر **قوله** كما إذا مات الحالف يعني إذا مات الحالف قبل تحقيق البر فإنه يحدث وتجب الكفارة خلفاً عن البر بحكم العجز الثابت عادة وإن كان البر متصوراً باعادة الحياة فكذلك ما بعد الفراغ عن اليمين وجب أن يحدث بالعجز الثابت عادة وتجب الكفارة وإن كان البر متصوراً باعادة الماء * فإن قيل العجز من حيث العادة عقيب اليمين لما كانت ترفع اليمين فالعجز المقارن لليمين أولى أن يمنعها من الانعقاد لأن المنع أسهل من الرفع * قلنا لما تفاوت العجزان جاز أن يكون الطارئ رافعاً والمقارن غير مانع كالشيخ الفاني عجزه عن الصوم لا يمنع وجوب الصوم عليه ثم عجزه برفع الواجب حتى ينتقل إلى الفداء وكذا لو تزوج أمة بغير إذن مولاهما انعقد النكاح ولا يكون حق المولى مانعاً من بقاء الانعقاد فإذا اشتراها من يخله وطعها يصير حق المشتري رافعاً لذلك العقد ولا تعمل الأجرة لما عرف أن الحل بات إذا طرأ على حل وموقوف أبطله * فإن قيل إذا خلق ليقبلن فلانها هو عالم ببنوته تتعقد يمينه على حيوة تحدث فيه بأحداث الله تعالى فلم لا تتعقد اليمين في مسألة الكوز على ما يخلق الله تعالى في الكوز بعد اليمين * قلنا إن الله تعالى لو خلق الماء في الكوز لم يكن هذا الماء محلوفاً عليه إذا محلوف عليه هو الماء الذي في هذا الكوز وقت اليمين بخلاف مسألة القتل فإن الله تعالى لو خلق الحيوة في البيت الفلاني كان فلاناً بعينه فلاناً لا فرق في مسألة الكوز بعد أن يكون عالم بعدم الماء في الكوز أولم يكن عالمًا وقت اليمين في الصحيح من الجواب * فإن قيل هلا قدر اليمين كأنه قال لا شرب من الماء الذي في هذا الكوز أن خلق فيه الماء كما في مسألة القتل إن كان عالمًا ببنوته * قلنا قوله لا شرب من الماء الذي في هذا الكوز عبارة عن الوجود كأنه أشار بالإشارة إلى المعنوم لا تصح وإذا كان هذا عبارة عن الوجود يعتبر بها لو نص عليه ولو نص عليه وقال لا شرب من الماء الموجود في هذا الكوز أن خلق لا يستقيم ويكون وصفاً للشيء الواحد بالوجود والعدم فلا يحدث اقتضاء فاما في مسألة القتل لو نص عليه وقال لاقتلن فلاناً إن عادت إليه الحيوة كان مستقيماً فأمكن إثباته اقتضاء

كتاب الايمان باب اليمين (١٦٣) في الاكل والشرب

وهو الشرط فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة (ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأمرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحدث فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحدث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحدث في ذلك كله) يعني إذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى * وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البر عندهما خلافاً لأبي يوسف لأن اليمين إنما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليتمكن إيجابه * وله أنه يمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة * قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقاً ففي الوجه الأول لا يحدث عندهما وعند أبي يوسف يحدث في الحال وفي الوجه الثاني يحدث في قولهم جميعاً) فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت * ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحدث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحدث في الحال وهما فرقا بينهما * ووجه الفرق أن في المطلق يجب البر كما فرغ فإذا فات البر فقوات ما عقد عليه اليمين يحدث في يمينه كما إذا مات الحالف والماء باقٍ أما في الموقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم تبقى محلبة البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداءً في هذه الحالة قال (ومن خلق ليصعدن السماء أو ليقبلن هذا الحجر ذهباً

ولا يكون حق المولى مانعاً من بقاء الانعقاد فإذا اشتراها من يخله وطعها يصير حق المشتري رافعاً لذلك العقد ولا تعمل الأجرة لما عرف أن الحل بات إذا طرأ على حل وموقوف أبطله * فإن قيل إذا خلق ليقبلن فلانها هو عالم ببنوته تتعقد يمينه على حيوة تحدث فيه بأحداث الله تعالى فلم لا تتعقد اليمين في مسألة الكوز على ما يخلق الله تعالى في الكوز بعد اليمين * قلنا إن الله تعالى لو خلق الماء في الكوز لم يكن هذا الماء محلوفاً عليه إذا محلوف عليه هو الماء الذي في هذا الكوز وقت اليمين بخلاف مسألة القتل فإن الله تعالى لو خلق الحيوة في البيت الفلاني كان فلاناً بعينه فلاناً لا فرق في مسألة الكوز بعد أن يكون عالم بعدم الماء في الكوز أولم يكن عالمًا وقت اليمين في الصحيح من الجواب * فإن قيل هلا قدر اليمين كأنه قال لا شرب من الماء الذي في هذا الكوز أن خلق فيه الماء كما في مسألة القتل إن كان عالمًا ببنوته * قلنا قوله لا شرب من الماء الذي في هذا الكوز عبارة عن الوجود كأنه أشار بالإشارة إلى المعنوم لا تصح وإذا كان هذا عبارة عن الوجود يعتبر بها لو نص عليه ولو نص عليه وقال لا شرب من الماء الموجود في هذا الكوز أن خلق لا يستقيم ويكون وصفاً للشيء الواحد بالوجود والعدم فلا يحدث اقتضاء فاما في مسألة القتل لو نص عليه وقال لاقتلن فلاناً إن عادت إليه الحيوة كان مستقيماً فأمكن إثباته اقتضاء

قوله انعقدت يمينه وحنت عقبها هذا اذا حلف مطلقا واما اذا وقت اليمين لم يحنت. ما لم يمض ذلك الوقت قسوله الاترى ان الملاكمة يصعدونه وكذا الجن قال الله تعالى وانا لمننا السماء فلما كانت السماء عينا ممسوسة بمحلو ف كان مستحيل الوجود في حق الكل كاستحالة الجمع بين الحركة والسكون وتساوي الجوز ذهبا بتحويل الله تعالى يحكى عن بعض الاخبار قسوله واذا كان متصورا تنعقد اليمين وذلك لان الايجاب من العبد معتد على الشئ الفاني وان لم يكن له قدرة لمكان التصور والحلف فكذلك هوذا حنت عقب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثالث عادة كما وجبت القديمة هناك عقيب وجوب الصوم كذا في الفوائد الظهيرية

فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنت اعلم ان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماعه نفسه الا ان اسماعه العبد اذ يراى لا يوقف عليه فانهم السبب المؤدى اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اوصى اليه اذنه ولم يكن به مانع يسمع ودار الحكم منه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع كذا في مسوط شيخ الاسلام * وذكر في الذخيرة لا يحنت حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها فان كان موصولا لم يحنت نحو ان يقول ان كلمتك فانت طالق فاذهبى او قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين وكذلك اذا قال واذهبى الا ان يريد بهذا كلاما مستأنفا فعلى هذا لو قال الرجل لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدى حر فالتقيا وسلم كل واحد منهما على صاحبه معال يحنت الحالف فيه لان شرط الحنت كلام موصوف بصفة البداية والبداية بالسبق والحالف ان كلمه بالصوم الا انه لم يسبقه ويستقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنت ابدا بحكم هذه اليمين لو وقع اليأس عن كلامه بصفة البداية لان كل كلام يوجد بعد هذا من الحالف انما يوجد بعد كلام المحلوف عليه وعن هذه المسئلة * قلنا ان الرجل اذا قال لامرأته ان ابتدأتك بكلام فانت طالق وقالت المرأة له ان ابتدأتك بكلام فجاريتي حرة ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنت في يمينه لان المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت ان ابتدأتك بكلام فلا يكون الزوج مبتدئا لها * ثم المرأة بتكلمها لا تحنت في يمينها ايضا لانها ما ابتدأت بالكلام قسوله فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهمه لتغافله فان هناك يحنت لانه اوقع صوته في اذنه وان لم يفهمه لتغافله اى اغفلته فيحنت الاترى انه لو ناداه وهو بسيد يسمى هاديا ولو ناداه وهو قريب يسمى مناديا كذا في المسوط قسوله وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع * فان قيل يشكل بما اذا اذن لعبد وهو لا يعلم صار مأذونا عندى حنيفة قلنا ان العبد كان من اهل التصرف بالادمية الا انه كان محجورا بحق المولى فاذا اذن المولى فقد ارتفع المانع وارتفع المانع لا يتوقف على سماعه وعلمه واما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاجابة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام بذلك قوله وانه يتم بالاذن كالرضاء يعنى اذا حلف لا يكلمه الا برضاء فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنت لما ان الرضا يتم بالرضى فكذلك الاذن يتم بالاذن قسوله ولا كذلك الاذن على ما مر وهو قوله لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام ولا يتحقق ذلك الا بالسماع قسوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف الى قوله عملا بدلالة حاله وهو الغيظ الذى لحقه في الحال لان الحامل على اليمين غيظ لحقته في الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه في الحال قسوله لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين اما لان قوله لا صوم اثباتي بخلاف قوله لا يكلمه فانه عدى والعمى يستغرق

قوله الاترى ان الملاكمة يصعدونه وكذا الجن قال الله تعالى وانا لمننا السماء فلما كانت السماء عينا ممسوسة بمحلو ف كان مستحيل الوجود في حق الكل كاستحالة الجمع بين الحركة والسكون وتساوي الجوز ذهبا بتحويل الله تعالى يحكى عن بعض الاخبار قسوله واذا كان متصورا تنعقد اليمين وذلك لان الايجاب من العبد معتد على الشئ الفاني وان لم يكن له قدرة لمكان التصور والحلف فكذلك هوذا حنت عقب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثالث عادة كما وجبت القديمة هناك عقيب وجوب الصوم كذا في الفوائد الظهيرية

فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنت اعلم ان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماعه نفسه الا ان اسماعه العبد اذ يراى لا يوقف عليه فانهم السبب المؤدى اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اوصى اليه اذنه ولم يكن به مانع يسمع ودار الحكم منه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع كذا في مسوط شيخ الاسلام * وذكر في الذخيرة لا يحنت حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها فان كان موصولا لم يحنت نحو ان يقول ان كلمتك فانت طالق فاذهبى او قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين وكذلك اذا قال واذهبى الا ان يريد بهذا كلاما مستأنفا فعلى هذا لو قال الرجل لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدى حر فالتقيا وسلم كل واحد منهما على صاحبه معال يحنت الحالف فيه لان شرط الحنت كلام موصوف بصفة البداية والبداية بالسبق والحالف ان كلمه بالصوم الا انه لم يسبقه ويستقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنت ابدا بحكم هذه اليمين لو وقع اليأس عن كلامه بصفة البداية لان كل كلام يوجد بعد هذا من الحالف انما يوجد بعد كلام المحلوف عليه وعن هذه المسئلة * قلنا ان الرجل اذا قال لامرأته ان ابتدأتك بكلام فانت طالق وقالت المرأة له ان ابتدأتك بكلام فجاريتي حرة ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنت في يمينه لان المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت ان ابتدأتك بكلام فلا يكون الزوج مبتدئا لها * ثم المرأة بتكلمها لا تحنت في يمينها ايضا لانها ما ابتدأت بالكلام قسوله فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهمه لتغافله فان هناك يحنت لانه اوقع صوته في اذنه وان لم يفهمه لتغافله اى اغفلته فيحنت الاترى انه لو ناداه وهو بسيد يسمى هاديا ولو ناداه وهو قريب يسمى مناديا كذا في المسوط قسوله وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع * فان قيل يشكل بما اذا اذن لعبد وهو لا يعلم صار مأذونا عندى حنيفة قلنا ان العبد كان من اهل التصرف بالادمية الا انه كان محجورا بحق المولى فاذا اذن المولى فقد ارتفع المانع وارتفع المانع لا يتوقف على سماعه وعلمه واما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاجابة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام بذلك قوله وانه يتم بالاذن كالرضاء يعنى اذا حلف لا يكلمه الا برضاء فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنت لما ان الرضا يتم بالرضى فكذلك الاذن يتم بالاذن قسوله ولا كذلك الاذن على ما مر وهو قوله لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام ولا يتحقق ذلك الا بالسماع قسوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف الى قوله عملا بدلالة حاله وهو الغيظ الذى لحقه في الحال لان الحامل على اليمين غيظ لحقته في الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه في الحال قسوله لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين اما لان قوله لا صوم اثباتي بخلاف قوله لا يكلمه فانه عدى والعمى يستغرق

انعقدت يمينه وحنت عقبها) وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبهه المستحيل حقيقة فلا ينعقد * ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الاترى ان الملاكمة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى * واذا كان متصورا تنعقد اليمين موجبا لحلفه * ثم يحنت بحكم العجز الثالث عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنت مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذى في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

باب اليمين في الكلام

قال (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنت) لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله * وفي بعض روايات المسوط شرط ان يوقظه وعليه عامة مشايخنا لانه اذا لم يتنبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته (ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنت) لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع * وقال ابو يوسف لا يحنت لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضاء * قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر قال (وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقى الذى يلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لا صوم شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه

(وان) بخلاف الاثنى الاترى انه كيف استغرق النهى في قوله لا يفعل ولم يستغرق الامر في قوله لا تفعل واما لان الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الاوقات التى لا تصلح ان تكون محلا للصوم بخلاف الامتناع عن الكلام فان الاوقات كلها سواء في حقه فكان ذكر الشهر لتقدير الصوم به وانه منكر ولم يتعين الشهر الذى يلى اليمين وبمثله ان تركت الصوم شهرا يتعين الشهر الذى يليه ولو قال صوم شهر لا يتعين لان في الاول ادخل اللام فيه فاقضى صوم العبر فكان ذكر الشهر لاخراج ما رآه عن اليمين وفي الثاني اضاف الصوم الى الشهر فصار الشهر لتقدير الصوم كذا ذكره الامام الترمذى * فان قيل يشكل بما اذا قال امرك ببعدك شهرا فانه يتعين الذى يليه وان كان لا يتأبد اذا لم يذكر الشهر * قلنا قوله امرك ببعدك موجبه تفويض الطلاق اليها في الساعة ويقتر على المجلس فذكر الشهر فيه لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر فتعين الشهر اذ لم يتعين لا يكون لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر بخلاف فعل الصوم فان قوله والله لا صوم لا يتعين فيه الساعة ولا يقتر على المجلس فافترا

قوله وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحث وان قرأ في غير صلوته حث لانه متكلم بكلام الله تعالى قوله وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اي لا يحث بها في الصلوة ويحث بها خارج الصلوة وقال الفقيه ابو الليث ان عقد يمينه بالفارسية لا يحث بالقراءة والتسبيح خارج الصلوة ايضا لعرف فانه يسمى فارقا وسبعا لا متكلما وعليه الفتوى * وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده لا يحث خارج الصلوة اذ قرأ اوسع او هلل لانصرف يمينه في كلام الناس والقياس ان يحث في الوجوه كلها لانه كلام حقيقة باعتبار انه معنى ينافي السكوت والآفة والطفولة والخرس والقرآن كلام الله قال الله تعالى حتى يسبح كلام الله فالتكلم به له حكم التكلم وكذا التسبيح والتهليل كلام ايضا قال عليه السلام ان الله تعالى اختار من الكلام اربعاهن من القرآن وليس بقرآن سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر قوله في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا اما عرفا فظاهر لما شرع فلان الشرع لم يجعل القارئ في الصلوة متكلما حيث قال لا يصلح فيها شيء من كلام الناس والقراءة مشروعة فلا تكون كلاما قوله لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد براديه مطلق الوقت اعلم ان لفظ اليوم يطلق على بياض النهار بطريق الحقيقة اتفاقا وعلى مطلق الوقت بطريق الحقيقة عند البعض فيصير مشتركا وبطريق المجاز عند الاكثر وهو الصحيح لان حمل الكلام على المجاز اولى من حمله على الاشتراك عند عارض المجاز والاشترك لان المجاز في الكلام اكثر فيحصل على الاغلب * ثم لاشك انه نظرف فان كان مظهرفه مما يمتد وهو ما يصح فيه ضرب السبحة اي يصح تقديره بحد كالمس والمسكنة والركوب ونحوها فانه يصح ان يقدر بزمان يقال لبست هذا الثوب يوما وركبت هذه الدابة يوما وما كتبه في دار واحدة شهرا يحصل على بياض النهار لانه يصلح مقدراله فكان الحمل عليه اولى وان كان مظهرفه مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم وما كتبه في دار واحدة شهرا يحصل على بياض النهار لانه يصلح مقدراله فكان الحمل عليه اولى وان كان مظهرفه مما لا يمتد وهو ما يصح فيه ضرب السبحة اي يصح تقديره بحد كالمس والمسكنة والركوب ونحوها فانه يصح ان يقدر بزمان يقال لبست هذا الثوب يوما وركبت هذه الدابة يوما اذ لا يصح تقدير هذه الاعمال بزمان يحصل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب * واختلفت عبارة المشايخ في قوله اذا قرن بفعل لا يمتد ذكر بعضهم ان الفعل المقرون به هو الذي تنصبه اليوم كالامر باليد في قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان فانه مما يمتد فلها اختص ببياض النهار * وذكر بعضهم ان الفعل المقرون به هو الذي اضيق اليه اليوم كما في قوله يوم اكلم فلانا فامرأته طالق حيث قال والكلام مما لا يمتد فيعمل على مطلق الوقت * وكذا قوله يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلاطقت لان التزوج مما لا يمتد وجعل الفعل المقرون به التزوج * والمسائل في الجامع الصغير وغيره لكن هذا تسامح في العبارة لئلا يمتد في الجواب فيما اذا كان المضاف اليه مما لا يمتد وكذا الجزء كالتلاق والحرية تسامحوا في ذلك فجعلوا الفعل المقرون به هو المضاف اليه اما فيما اذا كان المضاف اليه غير ممتد كالقدوم والجزاء ممتد كالامر باليد في قوله امرك بيدك يوم يقدم فلان اعتبروا الجزء وحملوه على بياض النهار اخذنا بالتحقيق فظهر من هذا ان المراد بالفعل المقرون به هو الجزء لا المضاف اليه قوله والكلام لا يمتد * فان قيل الكلام يمتد ولهذا يقبل التوقيت فيقال كلمت الى المساء كما يقال لبست يوما * قلنا الكلام عرض والعرض لا يقبل الامتداد لذاته وانما جعل ممتدا بتعدد امثاله كالضرب والمجوس والركوب وغير ذلك الا ان استدامة الركوب وامثاله في المرة الثانية مثل الاولى من كل وجه فجعل كالعين الممتد اما الكلام الثاني لا يكون مثل الاول من كل وجه اذ يكون بعضه ضمير او بعضه امر وبعضه نهي فلم يستقم القول فيه بتعدد الامثال قوله وما جاء استعماله في مطلق الوقت اي المذكور بعبارة الفرد اما اذا ذكر بلفظ الجمع فلا يختص بسواد الليل كما في قول الشاعر

كتاب الايمان (١٦٥) باب اليمين في الكلام

(وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لا يحث وان قرأ في غير صلوته حث) وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحث فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس * وقيل في عرفنا لا يحث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلم بل فارقا وسبعا (ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد براديه مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد (وان عني النهار خاصة دين في القضاء) لانه مستعمل فيه ايضا * وعن ابي يوسف انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف (ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت (ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم او الاذن حث ولو كلمه بعد القدوم او الاذن لم يحث) لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحث بالكلام بعد انتهاء اليمين (وان مات فلان سقطت اليمين) خلافا لابي يوسف

(الهداية مع الكفاية) ٢٢

قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث الى ان قال الا ان تغمضوا فيه معناه والله اعلم حتى تغمضوا فيه وكذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم * فان قيل كلمة الا ان للشرط بدليل انه لو قال انت طالق الا ان يقدم فلان فهو بمنزلة قوله ان لم يقدم فلان * قلنا هي للغاية فيما يحتدل التأقيت والطلاق مما لا يحتدل التأقيت حتى لو قال لها انت طالق شهرا يتأبد وهذا لان كلمة الا للاستثناء حقيقة وبينه وبين الغاية مناسبة من حيث ان حكم كلمة ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده فان تعذر حمله على الاستثناء ينظر ان دخل على ما يتوقت حمل على الغاية كما في مسألة الكتاب وان دخل على ما لا يتوقت كالطلاق حمل على الشرط لان بين الشرط والاستثناء مناسبة ايضا من حيث ان حكم ما قبل الشرط يخالف حكم ما بعده الا ان مناسبة الغاية اكثر لان في الاستثناء حكم الكلام ثابت في المستثنى منه في الحال وكذا حكم الكلام ثابت في المغيا قبل وجود الغاية اما في الشرط لاحكم للكلام قبل وجود الشرط فلها لم يتعذر حمله على الغاية وانما جعل مجازا عن اشتراط عدم القدوم لما بين استثناء الشيء واشتراط عدمه من المشابهة فان الشيء اذا استثنى عن حكمه فذلك الحكم لا يثبت عند وجوده وانما يثبت عند عدمه فيجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم فيصير كأنه قال انت طالق ان لم يقدم فلان وهذا لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على عدم الطلاق فصار عدمه علما على الوقوع ضرورة

لان المنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقنوم ولم يبق بعد الموت
 متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط عند
 سقوط الغاية تتأبد اليمين (ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم
 ينوع عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان
 عبده او بانث منه امرأته او عاды صديقه فكلمهم لم يحث)
 لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما
 اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحث * قال
 رضى الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند
 محمد يحث كالمراة والصديق * قال في الزيادات لان هذه
 الاضافة للتعريف لان المراة والصديق مقصودان بالهجران
 فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة *
 ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان
 يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحث
 بعد زوال الاضافة بالشك (وان كانت يمينه على عبده عينه
 بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق فلان
 بعينه لم يحث في العبد وحث في المراة والصديق وهذا
 قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحث في العبد ايضا)
 وهو قول زفر (وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها
 ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر
 ان الاضافة للتعريف والاشارة ابليغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة
 بخلاف الاضافة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق
 والمراة ولهما ان الداعى الى اليمين معنى في المضاف اليه لان
 هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط
 منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك
 بخلاف ما اذا كانت الاضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادى
 لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعى لمعنى في المضاف
 اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم قال (وان حلف
 لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حث) لان
 هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى
 لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه (ومن حلف
 لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حث) 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 يكلم حيننا او زمانا او الحين او الزمان
 فهو على ستة اشهر)

قوله لان المنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقنوم يعنى المنوع
 باليمين كلام ينتهي منه بالاذن والقنوم له وبعدها مات فلان
 لم يبق الكلام بهذه الصفة متصور الوجود فسقطت اليمين كما في
 مسألة الكوز * قوله ولهذا لم يعينه اى بالاشارة لم يقل امرأة
 فلان هذه او صديق فلان هذا قوله والداعى لمعنى في المضاف
 اليه غير ظاهر لعدم التعيين اى لانه لم يقل لا اكلم صديق
 فلان لان فلانا عدوى بخلاف ما تقدم اى من مسألة الدار
 والثوب والعبد لان الداعى لمعنى في المضاف اليه فيها ظاهر
 لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها اما غير العبد فظاهر
 وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لم يحسته وسقوط منزلته
 الحق بالجمادات فيبيع في الاسواق كما تباع البهائم فلا يقصد
 بالهجران فكانت الاضافة معتبرة فلا يحث بعد زوالها *
 فان قيل يحتمل ان يكون الهجران لاجل ذات الدار والندابة
 على ما قيل الشؤم في الثلث في الدار والمراة والفرس * قلنا
 ذلك احتمال لم يقترن به العرف والعادة لما ان هذه الاعيان
 لا تهجر ولا تعادى عادة لذواتها * وما قلنا من هجران هذه
 الاعيان بسبب ملاكها مؤيد بالعرف فكان اولى قوله
 فصار كما اذا اشار اليه اى قال لا اكلم صاحب الطيلسان هذا
 وان كلم المشتري لا يحث لما بينا قوله وهذه الصفة
 ليست بداعية الى اليمين * جواب سؤال يرد على قوله اذ
 الصفة في الحاضر لغو بان يقال الصفة قد اعتبرت في الحاضر
 في قوله لانا كل هذا الرطب حتى لا يحث اذا اكلمه بعد ما
 صار تمرا * فاجاب ان الصفة انما تعتبر في الحاضر اذا كانت
 داعية الى اليمين وهذه الصفة غير داعية الى اليمين فلم
 تعتبر في الحاضر قوله على ما مر اى فيما اذا خلق لا ياب كل
 لحم هذا الحمل فاكله بعد ما صار شاة لم يحث *

فصل

قوله ومن حلف لا يكلم فلانا حيننا او زمانا او الحين او
 الزمان فهو على ستة اشهر وانما استوى المعرف والمنكر
 لان ستة اشهر لما صارت معهودة فيها انصرف التعريف الى المعهود

كتاب الايمان باب (١٦٧) اليمين في الكلام فصل

لان الجين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تسوي اكلها كل حين ما يذكرنا آفاتنا ما قلنا وهو ستة اشهر قوله وقال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر اي في حكم التقدير لان الدهر مخالف للحين والزمان اذ معرفة يقع على الابد بخلاف الجين والزمان فلم يلحق بهما قياسا قوله وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح قيده لما روى بشر عن ابي يوسف ان المعروف والمنكر عنده سواء قوله والمعروف لم يعرف استمراره جواب عن قولهما ان دهرنا يستعمل استعمال الجين والزمان لاختلاف في الاستعمال قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وقال عليه السلام لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر فكان مجازا والتوقف في المعنى آية العلم والخوض بطريق القياس فيما طرقة التوقيف وهو اللغة والتقدير اشارة القصور وتأويل الحديث ان العرب كانوا يزعمون ان الدهر هو المهلك على ما قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وكانوا يسبون الدهر فالنبي عليه السلام قال لا تسبوا مهلك الخلق ومفنيهم فان الله تعالى هو المهلك الا انه مع هذا احتشم وحفظ لسانه عن الكلام في الدهر وهذا من كمال الورع ونهاية الاحتياط وهو كما روى ان النبي عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسأل جبرئيل فسأل جبرئيل عليه السلام فقال لا ادري حتى اسأل ربي فصعد السماء ثم نزل وقال سألت ربي عن ذلك فقال خير البقاع الساحل وخير اهله من ان يكون اول الناس دخولا وآخرهم خروجا فعرفنا ان التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لامن النقصان قوله فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة لان اسم الايام ينتهي بالعشرة اذا كان مقرونا بالعدد يقال ثمانية ايام وعشرة ايام فاذا جاوز العشرة لا يسمى اياما مقرونا بالعدد يقال احد عشر يوما ولا يقال احد عشر ايام فثبت ان معهود الايام عشرة وكذلك الجواب عنده في الجمع والسنين انه ينصرف الى العشرة لان العشرة معهود بلفظ الايام ونحوها لانهما اكثر ما يطلق عليه صيغة الجمع فاذا دخل عليه لام التعريف تناول ما هو الاكثر عملا على الاستغراق وهذا لان الكل من الايام عشرة والاول ثلثة والكل من الاقل بمنزلة العام من الخصوص والاصل في العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص فيحمل على الكل ما لم يقم الدليل على الاقل فكان الصرف الى تعريف هذا المعهود اولى من الصرف الى تعريف الاسبوع فان الاسبوع ينتهي ايامها باسميها واللام انما دخلت على الايام فالصرف الى تعريفها في نفسها اولى * فان قيل انما تنتهي الايام الى عشرة لغة اذا كانت مقرونة بالعدد لامطلة فان الله تعالى قال وتلك الايام نداولها بين الناس لا يراد بها العشرة قصرا عليها والايام هنا ذكرت مطلقة عن العدد * قلنا اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلثة حقيقة حالتي الاطلاق واقتترانه بالعدد وهو اسم لما زاد على العشرة عند الاطلاق لا عند الاقتران بالعدد والشئ متى كان اسما للشئ في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال ولان الزائد على العشرة ايام عند الاطلاق ويوم عند اقتترانه بالعدد فلم يدخل تحت الايام التي هي اسم جنس من كل وجه * فان قيل اذا حلف لا يتزوج النساء اولايشتري العبيد لا ينصرف الى العشرة بل الى الواحد * قلنا الفرق بين جميع الازمان وجميع الاعيان من وجهين احدهما انه تعذر الصرف الى كل الجنس في جميع الاعيان فينصرف الى الاخرى لاحالة بيانه ان معنى الجمع لو كان مرعيا في جميع الاعيان فالخنت في الوجود مفتقر الى ذلك الفعل في كل فرد من افراد الازمان بدليل ان من حلف لا يكلم فلانا عشرة ايام يعنى بكلامه في يوم منها ولو حلف لا يشتري عشرة اثناب لم يعنى بشراء ثوب واحد * والثاني ان في سائر جمع الاعيان لو بقي معنى الجمعية وصرف ذلك اللفظ الى عدد من الاعداد يبقى جمعا منكر فيبطل حرف التعريف حيثئذ بخلاف جميع الازمان لانه يتعين ما يلي وقت الحلف من الزمان فلا يكون منكر فامكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من كل وجه فانه تمت الضرورة الداعية الى سقوط اعتبار الجمعية * ثم عندها في الجمع والسنين ينصرف الى العمر كله وفي قوله لا يتزوج النساء لم ينصرف الى جميع نساء العالم لان المقصود من اليمن المنع من التزوج وذلك ليس في وسعه فلا يمنع نفسه عنه وهذا لو حمل على منع نفسه عن التكلم مدة عمره يعنى بكلام واحد فتفيد اليمين فاعلمته فافتقرا

فوقه لان الجين ينصرف ويراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تسوي اكلها كل حين ما يذكرنا آفاتنا ما قلنا وهو ستة اشهر قوله وقال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر اي في حكم التقدير لان الدهر مخالف للحين والزمان اذ معرفة يقع على الابد بخلاف الجين والزمان فلم يلحق بهما قياسا قوله وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح قيده لما روى بشر عن ابي يوسف ان المعروف والمنكر عنده سواء قوله والمعروف لم يعرف استمراره جواب عن قولهما ان دهرنا يستعمل استعمال الجين والزمان لاختلاف في الاستعمال قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وقال عليه السلام لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر فكان مجازا والتوقف في المعنى آية العلم والخوض بطريق القياس فيما طرقة التوقيف وهو اللغة والتقدير اشارة القصور وتأويل الحديث ان العرب كانوا يزعمون ان الدهر هو المهلك على ما قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وكانوا يسبون الدهر فالنبي عليه السلام قال لا تسبوا مهلك الخلق ومفنيهم فان الله تعالى هو المهلك الا انه مع هذا احتشم وحفظ لسانه عن الكلام في الدهر وهذا من كمال الورع ونهاية الاحتياط وهو كما روى ان النبي عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسأل جبرئيل فسأل جبرئيل عليه السلام فقال لا ادري حتى اسأل ربي فصعد السماء ثم نزل وقال سألت ربي عن ذلك فقال خير البقاع الساحل وخير اهله من ان يكون اول الناس دخولا وآخرهم خروجا فعرفنا ان التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لامن النقصان قوله فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة لان اسم الايام ينتهي بالعشرة اذا كان مقرونا بالعدد يقال ثمانية ايام وعشرة ايام فاذا جاوز العشرة لا يسمى اياما مقرونا بالعدد يقال احد عشر يوما ولا يقال احد عشر ايام فثبت ان معهود الايام عشرة وكذلك الجواب عنده في الجمع والسنين انه ينصرف الى العشرة لان العشرة معهود بلفظ الايام ونحوها لانهما اكثر ما يطلق عليه صيغة الجمع فاذا دخل عليه لام التعريف تناول ما هو الاكثر عملا على الاستغراق وهذا لان الكل من الايام عشرة والاول ثلثة والكل من الاقل بمنزلة العام من الخصوص والاصل في العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص فيحمل على الكل ما لم يقم الدليل على الاقل فكان الصرف الى تعريف هذا المعهود اولى من الصرف الى تعريف الاسبوع فان الاسبوع ينتهي ايامها باسميها واللام انما دخلت على الايام فالصرف الى تعريفها في نفسها اولى * فان قيل انما تنتهي الايام الى عشرة لغة اذا كانت مقرونة بالعدد لامطلة فان الله تعالى قال وتلك الايام نداولها بين الناس لا يراد بها العشرة قصرا عليها والايام هنا ذكرت مطلقة عن العدد * قلنا اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلثة حقيقة حالتي الاطلاق واقتترانه بالعدد وهو اسم لما زاد على العشرة عند الاطلاق لا عند الاقتران بالعدد والشئ متى كان اسما للشئ في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال ولان الزائد على العشرة ايام عند الاطلاق ويوم عند اقتترانه بالعدد فلم يدخل تحت الايام التي هي اسم جنس من كل وجه * فان قيل اذا حلف لا يتزوج النساء اولايشتري العبيد لا ينصرف الى العشرة بل الى الواحد * قلنا الفرق بين جميع الازمان وجميع الاعيان من وجهين احدهما انه تعذر الصرف الى كل الجنس في جميع الاعيان فينصرف الى الاخرى لاحالة بيانه ان معنى الجمع لو كان مرعيا في جميع الاعيان فالخنت في الوجود مفتقر الى ذلك الفعل في كل فرد من افراد الازمان بدليل ان من حلف لا يكلم فلانا عشرة ايام يعنى بكلامه في يوم منها ولو حلف لا يشتري عشرة اثناب لم يعنى بشراء ثوب واحد * والثاني ان في سائر جمع الاعيان لو بقي معنى الجمعية وصرف ذلك اللفظ الى عدد من الاعداد يبقى جمعا منكر فيبطل حرف التعريف حيثئذ بخلاف جميع الازمان لانه يتعين ما يلي وقت الحلف من الزمان فلا يكون منكر فامكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من كل وجه فانه تمت الضرورة الداعية الى سقوط اعتبار الجمعية * ثم عندها في الجمع والسنين ينصرف الى العمر كله وفي قوله لا يتزوج النساء لم ينصرف الى جميع نساء العالم لان المقصود من اليمن المنع من التزوج وذلك ليس في وسعه فلا يمنع نفسه عنه وهذا لو حمل على منع نفسه عن التكلم مدة عمره يعنى بكلام واحد فتفيد اليمين فاعلمته فافتقرا

قوله لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وهذا لانه لما ذكر العشرة تبين انه لم يرد به اقل الجمع وليس بعض الاعداد فوق الثلث بالاول من البعض ينصرف الى المعهود للفظ الايام * وقيل لو كانت اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة اى اجماعا لانه يذكر فيها بلفظ الفرد يعنى في الفارسية لاتفاوت بين ما فوق العشرة وما تحتها فانه يقال ده روز ويأزده روز فلم ينصرف لفظ الجمع الى العشرة ولا كذلك العربية فالحاصل ان ابا حنيفة انما صرف الايام الى العشرة باعتبار ان العشرة اقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع وقد عدم هذا في الفارسية * **باب اليمين في العتق والطلاق** قوله عتق المحي وحده عند ابي حنيفة انما قال وحده لانه لا يعتق ما ولد بعده قوله وقال لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت فتتحل اليمين وذلك لان الشرط في اليمين ولادة مطلق الولد وقد وجدت واحتمل اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء اى تحل اليمين وان لم ينزل الجزاء الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها وانقضت عدتها تحل اليمين لا الى جزاء لان الطلاق معلق بسقوط الدخول وقد وجد وصار هذا كما اذا كان المعلق به عتق عبد آخر ولا يحنيفة ان شرط انحلال اليمين ولادة ولد محي نظرا الى وصفه اياه بالحرية * وبه فارق ما ذكر من النظائر لان الجزاء هناك ليس وصفا للشرط * وفي الابضاح لو قال اول عبد يدخل على فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم محي عتق المحي ولم يذكر خلافا والصحيح انه بالاتفاق لان اسم العبد بعد الموت لا يبقى في التحقيق لان الرق يبطل بالموت قوله نفيد بوصف الحيوة تصحيحا لكلام القائل اذا لولم يقيد بالحيوة صار لغوا فصار كما لو قال ان ضربت فلانا يتقيد بضربه حيا تصحيحا للشرط اذ معنى الضرب وهو الايلام بعد الموت لا يتحقق بخلاف ما اذا كان الجزاء طلاقا او حرية ام الولد لانه لا يصلح مقيدا لانه مستغن عن حيوة الولد بقى مطلقا * فان قيل لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا فهو لغيره ثم اشترى عبدا لنفسه لا يعتق الثاني لان انحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه اياه بالحرية * قلنا النسي اشتراه لغيره محل للاعتاق فانحلت اليمين اما الولد الميت فليس بمحل للاعتاق لانه بصفة الحيوة تصير محلا للحرية **قوله** واذا قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر فاشترى عبدين ثم عبدا عتق الثالث ولو قال اول عبد اشتريه وحده لا يعتق الثالث * والفرق ان وحده يقتضى الانفراد في الفعل المقرون به ونفي مشاركة الغير في ذلك الفعل ولا يقتضى الانفراد في الذات والواحد يقتضى الانفراد في الذات ويؤكد احد موجبي الاول الا ترى انه يصح ان يقال في الدار رجل واحد وان كان معه امرأة لانه يقتضى الانفراد في ذاته وهو الرجولية لا في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار ولا يصح ان يقال وحده لانه يقتضى وصفي التفرد للرجل في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار لا الانفراد في ذاته وهي الرجولية واذا ثبت هذا فنقوله املكه وحده يقتضى التفرد في الملك والعبد الثالث متصو بهذه الصفة فيعتق فصار كما لو قال اول عبد اسود املكه فهو حرف ملك ابيضين ثم اسود عتق الاسود لتعلق العتق بعبد متصو بصفة التفرد في السواد والثالث متصو بهذه الصفة وقوله املكه وحده صفة للعبد فيقتضى التفرد في الذات ويؤكد احد موجبي الاولية فلم يتغير الحكم فيه وجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة معنى التفرد والتوحد فكان العتق متعلقا بعبد متصو بصفة التفرد في الذات والثالث ليس بهذه الصفة **قوله** لان وحده للحال لغة فان قيل قال في الكتاب اول عبد املكه واحدا فوجب ان لا يحتمل تغير الحال وصارت نظير وحده * قلنا لعل زيادة الالف وقع خطأ من بعض الكتاب لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلم يعتبر نصبه وحط نعتا ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصني عبد عتق العبد الكامل لان نصني العبد ليس بعبد فلم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه وصفي الاولية كما لو ملك معه ثوبا ونحوه فلو قال اول كر املكه فهو هدى فملك كرا ونصني كر لا يلزمه شئ لان النصني يراحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف العبيد والشباب

لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام * وقال سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار * وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

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 تنقض به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولده فتحقق الشرط وهو ولادة الولد (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق المحي وحده عند ابي حنيفة وقال لا يعتق واحد منهما) لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه فتتحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء * ولا يحنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكيمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فينفيد بوصف الحيوة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا (واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق) لان الاول اسم لفرد سابق (فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم) لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية (وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث) لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف (وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق) لان الآخر اسم فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر) لانه فرد لاحق فانصو بالآخرة (ويعتق يوم اشتراه عبدا بيمينه حتى

(يعتق)

واحد فوجب ان لا يحتمل تغير الحال وصارت نظير وحده * قلنا لعل زيادة الالف وقع خطأ من بعض الكتاب لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلم يعتبر نصبه وحط نعتا ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصني عبد عتق العبد الكامل لان نصني العبد ليس بعبد فلم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه وصفي الاولية كما لو ملك معه ثوبا ونحوه فلو قال اول كر املكه فهو هدى فملك كرا ونصني كر لا يلزمه شئ لان النصني يراحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف العبيد والشباب

كتاب الايمان باب (١٦٩) اليمين في العتق والطلاق

يعتبر من جميع المال اي اذا كان الشراء وقت الصحة قوله فكان الشرط متحققا عند الموت وهذا لان الاخيرة انما ثبتت بعدم شراء آخر عليه وصار كانه قال ان لم اشتر بعدا آخر فالثاني حر ولو قال كذلك يمتنع عند الموت فكذا هنا * ولا يي حنيقة ان الثاني آخر لكونه فردا لا يشاركه غيره من جنسه وانما تبطل عنه صفة الآخرة بشراء آخر بعده فاذا لم يشتر كان اخرا من وقت الشراء كما هو قال لامرأته اذا حضرت فانت طالق فترت الدم فان استمر ثلثة ايام يحكم بوقوع الطلاق من حين حاضت وقولها ان العتق يتعلق بعدم شراء آخر بعده * قلنا كذلك لكن لم يجعل هذا شرطا لامريها ولا دلالة فلم يجعل شرطا بل علامة على ثبوت الحكم كاستمرار الدم في الحيض فاذا وجدت العلامة ثبت الحكم سابقا على كتاب الايمان

يعتبر من جميع المال وقالوا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرة لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه * ولا يي حنيقة ان الموت معرف فاما انصافه بالآخرة فمن وقت الشراء فيثبت مستندا * وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به * وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه (ومن قال كل عبد بشرفي بولادة فلانة فهو حر فمشره ثلثة متفرقين عتق الاول) لان البشارة اسم الخبر بغير 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 فاشترته ينوي به كفارة يمينه لم يجزه) لان الشرط قران النية بعله العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه (وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا) خلافا لزفر والشافعي 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 فيشتره فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فاراه (ولو اشترى ام ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشترها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حربتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشترها لان حربتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تخل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية (ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت) لان اليمين انعقدت في حقها المصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكورة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد (وان اشترى جارية فتسرا بها لم تعتق) خلافا لزفر فانه يقول التسرى لا يصح الا في الملك

سابقا فكان الموت معرفا لوجود شرط الآخرة من زمان الشراء فيستند الحكم كما في مسئلة الحيض قوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به فانه اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم امرأة ودخل بها ثم مات تطلق من حين التزوج ولها مهر ونصف وعندها بالمحيض بلا حداد ولا ترث منه وعندهما تطلق في آخر حيوته ولها مهر واحد وعليها عدة الوفاة وترث منه وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة قوله ويشترط كونه سارا بالعرف وانما قيد بالعرف لان البشارة لغة اسم الخبر بغير بشرة الوجه من فرح او حزن قال الله تعالى فبشرهم بعذاب اليم فبشرناها باسحق * وفي العرف اسم الخبر سار صادق غاب من الخبر علمه وهذا انما يتحقق من الاول لان الثاني اخبره بها كان معلوما له فلا تتغير بشرة وجهه عند سماعه بخلاف الخبر فان حقيقة الاخبار موجودة من كل واحد لان الخبر خبر وان كان عند المخبر عليه * واصله ما روى ان النبي عليه السلام مر بابن مسعود رضى الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل الله تعالى فيليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابوبكر وعمر رضى الله عنهما للبشارة فسبق ابوبكر وعمر رضى الله عنهما بها كان ابن مسعود رضى الله عنه يقول متى ذكر ذلك بشرني ابوبكر واخبرني عمر وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل حيث غيروا بشرة وجهه الا نرى الى قوله تعالى فبشروه بغلام عليهم حيث اضاف البشارة الى الجماعة فدل على تحقق البشارة من الجماعة قوله لان الشرط قران النية اي شرط الخروج عن عدة التكفير قران نية التكفير بعله العتق وهي اليمين ولم توجد نية التكفير وقت يمينه لان الكلام فيه فاما الملك عند الشراء فشرط العتق ولا اثر له في استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن نية الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز كذا في المسوط قوله فاما الشراء فشرطه * ولا يقال بان قوله فهو حر انما يصير علة عند الشراء اذ المعلق بالشرط يصير علة عند وجود الشرط فتعقق قران النية بعله العتق لان الاهلية تشترط وقت اليمين لا عند وجود الشرط حتى لو جن بعد اليمين ووجد الشرط يترتب الحكم عليه وان لم يكن من اهل فكذا نية تشترط وقت اليمين قوله فاما العلة فهي القرابة لان العتق في القريب بطريق الصلة والقرابة وهي العلة للصلات كما في النفقة والتزاور * ولنا العتق صلة وللملك تأثير في استحقاق الصلة شرعا حتى تجب الزكوة باعتبار المالك صلة للفقراء كما للقرابة تأثير في استحقاق الصلة فكان كل واحد من الوصفين لكونه مؤثرا علة ومتمى تعلق الحكم بعله ذات وصفين يعمله على آخر الوصفين وجودا لان تمام العلة به وآخر الوصفين الملك فيكون به معتقا ثم الملك ثبت بالشراء والعتق بالملك فيضاف العتق الى الشراء بواسطة الملك * وهذا كمن رمى انسانا عمدا فاصابه بمهمل قتل به كأنه جز رفته بالسيف وان كان فعله رميا لان الرمي اوجب بعود السهم ومضيه في الهواء وذا سبب الوقوم في الرمي وذا سبب الجرح وذا سبب الموت فيضاف كله الى الرمي الذي هو العلة الاولى وصارت احكاما له وصار الرامي قاتلا فكذا الشراء بواسطة الملك لما ثبت به صار اعتاقا فيصير معتقا به وتأييد ذلك بقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده حتى يجده مملوكا فيشتره فيعتقه اي بالشراء لانه لا يحتاج الى اعتاق آخر بعد الشراء وهذا كما يقال سقاه فاراه وضربه فاجعده بالسقي والضرب ولهذا اذا اشترى نصى ابنه والنصف الآخر لغير البائع ضمن لانه اعتقه بالشراء فاضيف الى الملك ولو كان عبدا بينهما فادعى احدهما انه ابنه ضمن لان القرابة وجودا بخلاف ام الولد لان حقا مستحق بالاستيلاد السابق فاضيف العتق الى اليمين من وجه لامن كل وجه فصار كأنه اعتق ام الولد

السهم ومضيه في الهواء وذا سبب الوقوم في الرمي وذا سبب الجرح وذا سبب الموت فيضاف كله الى الرمي الذي هو العلة الاولى وصارت احكاما له وصار الرامي قاتلا فكذا الشراء بواسطة الملك لما ثبت به صار اعتاقا فيصير معتقا به وتأييد ذلك بقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده حتى يجده مملوكا فيشتره فيعتقه اي بالشراء لانه لا يحتاج الى اعتاق آخر بعد الشراء وهذا كما يقال سقاه فاراه وضربه فاجعده بالسقي والضرب ولهذا اذا اشترى نصى ابنه والنصف الآخر لغير البائع ضمن لانه اعتقه بالشراء فاضيف الى الملك ولو كان عبدا بينهما فادعى احدهما انه ابنه ضمن لان القرابة وجودا بخلاف ام الولد لان حقا مستحق بالاستيلاد السابق فاضيف العتق الى اليمين من وجه لامن كل وجه فصار كأنه اعتق ام الولد

قوله فكان ذكره الملك * فان قيل هذا قول بالافتضاء * وزفر لايقول بالافتضاء حتى ان من قال لا آخر اعتق عبدك عنى بالحق فاعتق
 كان العتق واقعا عن المأور * قلنا اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالافتضاء والثابت دلالة ما يكون مقبوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد
 حيا كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الاعمال الموقوفة مقبوما من النهي عن التأنيف * ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية براد بها جارية
 مملوكة من غير تأمل واجتهاد فكان الملك ثابتا بدلالة * ولنا ان اليمين بالعتق انما تصح في الملك او مضافا اليه اولى سببه ولم يوجد واحد
 منها اما الملك فظاهر واما الاضافة الى الملك فانه لم يقل ان ملكت امة واما الاضافة الى سبب الملك فلانه اضافها الى التسرى وهو ليس بسبب
 لملك الامة فلم تصح اضافة الاعتاق اليه وهذا لان التسرى عبارة عن التحصين والاسكان وهو ان يوثقها ويمنعها من الخروج عند ان خفيق
 ومحمد رحمهما الله لان السرية من السر وهو الوقاع او من السرور وهي سرور لملكها او من السرى وهو السيد لانه اذا اخذها سرية
 فقد جعلها سيدة الامة * وعندنا يوسق طلب الولد شرط
 مع ذلك لان السرية في العادة هي التي تطلب ولدها وواحد
 من هذه الاشياء ليس بسبب لملك الامة الا انه لا يستغنى
 عن الملك فيصير الملك منكورا اقتضاء ضرورة صحة التسرى
 وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يعتدى عنه الى صحة الجزاء وهو
 العتق لان الثابت ضرورة يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها
 فلا يثبت الملك فيما وراء صحة التسرى فبقى الجزاء في الملك
 وفي مسألة الطلاق ظهر في حق الشرط ولم يتعد الى الجزاء
 ايضا وانما يصح العتق وهو الجزاء ثم لانه صادف الملك اذ
 ملكه في العبد قائم في الحال فكان ذكر الطلاق ذكرا للكناح
 الذي لا يستغنى عنه الطلاق لا ذكرا لما لا يستغنى عنه الجزاء
 حتى لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانك طالق ثلثا
 فنزوحها ووطئها وطلقها واحدة لم يقع الثلث لان الملك
 صار منكورا ضرورة فلم يتعد عنه الى صحة الجزاء فهذه وزان
 مسئلتنا ووزان ما استشهد به زفر انه يقول ان تسريت امة
 فعبدى هذا حر فاشترى امة فتمسراها عتق عبده قوله يفهم
 الملك من التسرى بلا تأمل * قلنا ذا لا يدل على انه ليس
 بثابت اقتضاء والطعام او الشراب يفهم من قوله ان اكلت
 او شربت بلا تأمل وهو ثابت اقتضاء قوله ولو قال
 كل مملوك لى حر يعتق امهات اولاده ومدبروه ولو قال اردت
 الرجال بهذا اللفظ دون النساء دين فيما بينه وبين الله تعالى
 دون القضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وهذا بخلاف
 ما لو قال نويت السود دون البيض فانه لا يصدق في القضاء
 والديانة جميعا لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه
 لان المملوك حقيقة النكور دون الاناث فان الاتى يقال
 لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهن لفظ التذكير
 عادة فان نوى النكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكن خلاف
 المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء ولهذا
 قيل لو قال نويت النساء دون الرجال كانت نيته لغوا وكذلك
 لو قال لم اتوا المدبرين لم يصدق في القضاء وفي كتاب الايمان
 اذا قال لم اتوا المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله ولا في
 القضاء فقيه روايتان كذا في المتوسط قوله ومن قال
 لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار
 في الاوليين ولو قال والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا حنت
 بكلام الاول او الاخيرين كقوله لا اكلم هذا او هذين *
 والفرق ان او اذا دخلت بين شيئين تناولت احدهما وذا
 في الطلاق في موضع الاثبات فيخص فكانت المطلقة احدى
 الاوليين غير عين لان او دخلت عليهما فلما قال للثالثة
 وهذه صارت معطوفة على المطلقة لان الواو توجب الشركة
 فصار عطفها على التي هي محل الجزاء من الاوليين وهي
 احدهما غير عين اذ سياق الكلام للايجاب * وانما يعطى
 الشيء على ما سبق له الكلام فصار كانه قال احديكما طالق
 فيعم عموم الافراد فصار كل فرد منفيا على حدة كقوله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا ولا فلانا
 ولو قال هكذا كان الثالث مضموما الى الثاني فيصير كانه قال ولا هذين كذا هنا ولانه حينئذ صار كانه قال هذه طالق او هاتان طالق وانه لا يصح فعل
 كانه قال هذه طالق او هذه طالق وهذه طالق ليصح ولو قال هكذا تطلق الثالثة وخير في الاوليين كذا هنا ثم صار كانه قال لا اكلم هذا اولا
 اكلم هذين وانه صحيح * **باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك** اي من الطلاق والعتاق والضرب
 قوله ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه اي اذا كان العاقد الوكيل هو الحالف بان لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر *

فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان
 طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا * ولنا ان الملك
 يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيتقدر
 بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي
 مسألة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى
 لو قال لها ان طلقتك فانك طالق ثلثا فنزوحها وطلقها واحدة
 لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا (ومن قال كل مملوك لى
 حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الاضافة
 المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة وبدا ولا يعتق
 مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت بدا ولهذا لا
 يملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبه بخلاف ام الولد
 والمديرة فاخملت 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
 ادخلها بين الاولين ثم عطى الثالثة على المطلقة لان العطف
 للمشاركة في الحكم فاختص بمحلله فصار كما اذا قال احديكما
 طالق وهذه (وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا
 عتق الاخير) وله الخيار في الاولين لما بينا

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

(ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر 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 الامر وانما الثابت له حكم العقد

(الا)
 فيعم عموم الافراد فصار كل فرد منفيا على حدة كقوله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا فصار كانه قال والله لا اكلم فلانا ولا فلانا
 ولو قال هكذا كان الثالث مضموما الى الثاني فيصير كانه قال ولا هذين كذا هنا ولانه حينئذ صار كانه قال هذه طالق او هاتان طالق وانه لا يصح فعل
 كانه قال هذه طالق او هذه طالق وهذه طالق ليصح ولو قال هكذا تطلق الثالثة وخير في الاوليين كذا هنا ثم صار كانه قال لا اكلم هذا اولا
 اكلم هذين وانه صحيح * **باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك** اي من الطلاق والعتاق والضرب
 قوله ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه اي اذا كان العاقد الوكيل هو الحالف بان لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر *

قوله الا ان ينوى ذلك اي ينوي في يمينه لا يبيع ولا يشتري ولا يواجر ان لا يامر غيره ايضا فحينئذ يحث بالامر والاستتناء متصل بقوله فلو
من فعل ذلك لم يحث قوله او يكون الحالف ذاسلطان عطف على ان ينوي اي لا يتولى العقد بنفسه فامر غيره يحث اي اذا باشره المأمور
فان فعل ذلك بنفسه يحث ايضا لوجود البيع منه حقيقة فان كان يباشره تارة ويفوض اخرى يعتبر الغالب * والاصل ان كل فعل ترجع حقوقه الى
كتاب الايمان باب اليمين (١٧١) في البيع والشراء والتزوج

الان ينوى ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذاسلطان
لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنعه نفسه عما يعتاده (ومن حلف لا يتزوج
اولا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حث) لان الوكيل في هذا
سفير ومعبّر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الأمر وحقوق
العقد ترجع الى الأمر 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 يحث في يمينه) لان المالك له ولاية
ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعه راجعة
الى الأمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى الأمور
(ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسى دين في القضاء)
بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره * وجه الفرق ان
الطلاق ليس الا نكلا بكلام يفضى 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 الأمر بالتسبب
مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة
وقضاء (ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضر به لم
يحث في يمينه) لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو
التأديب والتنشيق فلم ينسب فعله الى الأمر بخلاف الأمر بضرب
العبد لان منفعة الائتمار بامر عاثة الى الأمر فيضاف الفعل اليه
(ومن قال لغيره ان بعث لك هذا الثوب فامرأته طالق
فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم
يعلم لم يحث) لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضى
اختصاصه به وذلك بان يفعله بامر اذ البيع تجرى فيه
النيابة ولم توجد خلاف ما اذا قال ان بعث ثوبك حيث يحث
اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامر او بغير امره علم بذلك ولم
يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضى
الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له * ونظيره الصباغة
والحياطة وكل ما تجرى فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب
الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين

غيره ايضا فحينئذ يحث بالامر والاستتناء متصل بقوله فلو
من فعل ذلك لم يحث قوله او يكون الحالف ذاسلطان عطف على ان ينوي اي لا يتولى العقد بنفسه فامر غيره يحث اي اذا باشره المأمور
فان فعل ذلك بنفسه يحث ايضا لوجود البيع منه حقيقة فان كان يباشره تارة ويفوض اخرى يعتبر الغالب * والاصل ان كل فعل ترجع حقوقه الى
كتاب الايمان باب اليمين (١٧١) في البيع والشراء والتزوج

يحث بالباشرة لا بالامر بالبيع والشراء والاعارة والاستيجار
والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد وما يحث
بالباشرة والامر بالنكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة
والصلح عن دم عبد او الهبة والصدقة والقرض والاستقراض
وضرب العبد والذبح والبناء والحياطة والا بداع والاستيداع
والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل حتى
لو حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك ففعل
حث * وعند الشافعي لا يحث لوجود التطلق من الأمور
حقيقة ومن الامر حكما فوجد شرط الحث عن الحالف من
وجه دون وجه فلا يحث كما في البيع ونحوه ولنا ان عوض
الحالف التوقى عن حكم العقد وحقوقه وشئ من احكام
هذه العقود الشرعية لا يستقر على الأمور بل ينقل العقد
بجميع الاحكام الى الأمر وصار الأمور سفيرا ولهذا يضيفه
الى الأمر لا الى نفسه قوله لان المالك له ولاية
بخلاف ما اذا حلف ان لا يضرب حرا فامر غيره فضر به لا يحث
لان امر المولى غيره صح لانه يملك ضرب عبده بنفسه فيملك
امر غيره به ولهذا سقط الضمان عن الأمور وامره بضرب
الحريم يصح لانه لا يملك ضربه بنفسه الا ان يكون الحالف
سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا
فملك الامر به قوله اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف
باثره وهو الايلام فحقيقته عند استناده الى نفسه ان يفعله بنفسه
والنسبة الى الأمر بالتسبب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد
نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانة وقضاء بخلاف الطلاق
والعتاق لانه ليس الا كلام يفضى الى الطلاق والعتاق والتوكيل
بذلك مثل التلفظ به فينتظمهما اللفظ وهو قوله لا يطلق
فاذا نوى التلفظ بنفسه فقد نوى الخصوص في العام وهو
خلاف الظاهر فيصدق ديانة لا قضاء وهذا هو الفرق الذي
وعده قبيل هذا بالاشارة الى الفرق * وفي ذكر القضاء في مسألة
الضرب رواية في الطلاق لانه في الموضوعين اذا نوى المباشرة
فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء في الفصلين قوله لان
حرف اللام دخل على البيع حيث قال ان بعث لك ثوبا فيقتضى
اختصاصه به اي اختصاص البيع بالمحلوف عليه * وفي قوله
ان بعث ثوبا لك دخل حرف اللام على العين لانه اقرب اليه
فيقتضى اختصاص العين بالمحلوف عليه فان نوى الثاني
بالاول او الاول بالثاني صح نية لانه نوى ما يحتمله اللفظ
بالتقديم والتأخير قوله بخلاف الاكل والشرب وضرب
الغلام * وفي الكافي للعلامة النسب قيل المراد بالغلام الولد
لا العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان نظير
الاجارة لا نظير الاكل والغلام يطلق على الولد كما يطلق
على العبد قال الله تعالى انا نبشرك بغلام اسمه يحيى * وقيل
المراد به العبد لان المراد بغيره الوكالة وكالة تتعلق بها
حقوق يرجع الوكيل بها على الموكل وليس للضرب حقوق
تلحق الوكيل ليرجع بها على الموكل ولا يملك الضرب بعقد ما فكان كالاكل * وفي الجامع الصغير لقاضيخان لو قال ان ضربت لك عبدا او ضربت
عبدا لك فهو على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه لكان العرف لان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم محل الضرب يملك
فانصرف اللام الى ما يملك ويؤخر المقدم وفي الفوائد الظهيرية المراد بالغلام الولد قوله في الوجهين اي دخل اللام في الفعل او العين

قسوله ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط * فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر الشرط والبيع
والنكاح الفاسد نكاح لم يفد حكمه ولم يحنث به اذا علق به العتق * قلنا جواز البيع باعتبار المالية وليس في المالية معنى ينبوع قبول حكم الاصل
والقبول وجواز النكاح باعتبار الانسانية الا ترى انه يختص بنى آدم وفيها ما ينبوع قبول حكم الايجاب والقبول لانها تقتضى الحرية والنكاح
رق على ما جاء في الحديث فلا يحنث الا اذا كان صحيحا كذا في الفوائد الظهيرية قسوله وهذا على اصلها ظاهر لان خيار المشتري لا يبيع
ثبوت الملك للمشتري عندهما قسوله والمعلق كالمنجز * كتاب الايمان باب اليمين (١٧٢) في البيع والشراء والتزوج

(ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه على انه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه فائمه فيمنزل الجزاء (وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار عتق) ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه * وهذا على اصلها ظاهر وكذا على اصل لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا (ومن قال ان لم ابيع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته) لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محلبة البيع (واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفتها في القضاء) وعن ابى يوسف انها لا تطلق لانه امرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاها وهو بطلاق غيرها فيتعهد به * وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه اجاشها حين اعترضت عليه فيما امله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانه لا قضاء لانه تخصيص العام

فان قيل في المنجز لو لم يثبت الملك سابقا عليه يبطل التنجز فانقضى ثبوت الملك ولا يبطل التعليق فلا يقتضى ثبوت الملك فكيف يثبت الملك اقتضاء * قلنا لما امكن ايقاع العتق من وجه بفسخ الخيار لم يتأخر الى مضي مدة الخيار لان العتق مما يحنث في اثباته ومن الاحتياط تعجيله لتأخيره وقد تنجز من وجه * وانما لم يعتق عليه قريبه اذا اشتراه بشرط الخيار لان الملك وخيار المشتري في شري القريب لم توجد كلمة الاعتاق بعد الشراء وانما يعتق القريب عليه بحكم الملك وخيار المشتري عند ابى حنيفة يمنع ثبوت الملك للمشتري فلا يعتق قبل سقوط الخيار واماهنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قافلا انت حر فيفسخ الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ولو قال ان بعث هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باثنا لا يعتق لانه كما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا يترك في غير الملك قوله لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محلبة البيع فان قيل المحلبة في التدبير باقية فانه يتمكن بيع المدير اذا قضى القاضى بجواز بيعه قلنا عند القضاء بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدير وفوات المحلبة انما كان باعتبار بقاء التدبير وقد قلنا ان بيع المدير لا يجوز فكان الممثل فانما والحكم لا يبنى على ما يظور عند قضاء القاضى في المجتهبات فان قيل لم يقع اليأس في الجارية عن بيعها بالتحريم والتدبير لجواز ان يرتد نسي بعد اللحاق فيملكها هذا الرجل ويبيعه قلنا الخالي عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وباعتباره تحقق اليأس بالتحريم والتدبير وما ذكرت موهوم والاحكام لا يبنى على الموهومات فتحقق اليأس عن البيع نظرا الى الاصل قسوله لانه اخر جها جوابا فينطبق عليه * فان قيل زاد على قدر الجواب قلنا الزيادة على القدر المحتاج اليه للجواب انما يخرج الكلام عن الجواب اذا لغت الزيادة متى جعل جوابا ولا تلغوا الزيادة هنا ان جعل جوابا لانه قصد تطيب قلبها وتسكين نفسها وذا بتطبيق غيرها لجواز ان يقع في قلبها انه اراد بها قال غير التي ظنت قسوله وقد زاد على حرف الجواب اذ جوابه ان يقول ان فعلت فبى طالق ثلاثا قسوله ومع التردد لا يصلح مقيدا اى الغرض لا يصلح مقيدا مع التردد فيه وذكر شمس الاثمة في الجامع الصغير ان ما ذكره ابو يوسف اصح عندي *

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قسوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها على المشى الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام شرعا فان اختلفت بين ابن عامر نذرت ان تمشى الى بيت الله تعالى فامر بها النبي عليه السلام ان تحرم بحجة او عمرة وعرفنا فقد تعارف الناس ايجاب الاحرام بهذه العبارة لصا فصار كما لو قال على احرام حجة او عمرة ماشيا ولو قال ذلك لزمه احرام حجة او عمرة كذا هنا ولا فرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او خارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام عرفا اذا الاحرام باحد النسكين لا يكون بلا مشى فكان من لوازم الاحرام وذكر اللزوم واردة الملزوم كناية والعرف لا يختلف بين كونه في الكعبة او خارجا عنها وفي القياس لا يلزمه شىء لان النذر انما يصح بما شرع قرينة لعينه والتمشى ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل اى في اصل الحج او العمرة وانما يقصد به الكمال وانما هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء * فان قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح التذرية وان لم يكن واجبا

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم (ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها على المشى الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما) وفي القياس لا يلزمه شىء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل * ومذهبنا مأثور عن على رضى الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب وارق دما وقد ذكرناه في المناسك (ولو قال على الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شىء عليه) لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال على المشى الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شىء عليه) وهذا عندنا ابي حنيفة (وقال ابو يوسف ومحمد في قوله على المشى الى الحرم حجة او عمرة) ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف * لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد

(الحرام)

الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمرورة لانهما منفصلان عنه * وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا (ومن قال عبدي حر ان لم احج العام وقال حججت وشهد شاهداً انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق) لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيحقق 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 العام غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفى تيسيرا (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 بانهائة الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به (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 يأت بجميعها لا تسمى صلوة بخلاف الصوم ولانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني (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 هدى فاشترى قطننا فغزله ونسجته فلبسه فهو هدى عند ابي حنيفة وقال ليس عليه ان يهدى حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدى التصديق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وعزل المرأة ليسا من اسباب ملكه * وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد

من جنسه فصدنا * قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القرية المقصودة * فان قيل الاعتكاف يصح في الليل وان كان الصوم لا يصح فيه * قلنا صحة الاعتكاف في الليل تبع لصحة الاعتكاف في اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفردا عن اليوم لا يصح او نقول صحة الاعتكاف باعتبار انه انتظار للصلوة والاستدامة فيها والاستدامة في الصلوة تصح في الليل والنهار * فان قيل اذا كان هذا اللفظ استعارة لا التزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر بان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزم عليه المشى في طريق الحج كما لا يلزم هناك ضرب الثوب على حطيم الكعبة بل اهداء الثوب الى مكة لكون هذا اللفظ عبارة عنه * قلنا نعم كذلك الا ان الحج ماشيا فضيلة ليست هي للحج راكبا فال عليه السلام من حج ماشيا فله لكل خطوة حسنة من حسنات الحرم * قيل وما حسنات الحرم قال واحدة منها بسبععاشرة فاعتبر لفظه في ايجاب المشى لاهراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج او العمرة لا جماعهم على ذلك للمتعارف فصار كناية عن ايجاب الحج ماشيا قوله فامتنع اصلا اي الايجاب من الاصل حيث لم يجب عليه الاحرام باحد النسكين قوله غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به بخلاف شهادتهما انه لم يصح لانا لا ندرى هل شهدا عن علم ام بنياعلى ظاهر العدم فلها لم يقبل ولهذا لو شهدا على رجل اناسعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول انما وصلت به قول النصارى قبلت هذه الشهادة على النفي لاجابة علم الشاهد به كذا هنا قوله ولكنه لا يميز بين نفي ونفى اي بين نفي يحيط به علم الشاهد وبين نفي لا يحيط به علم الشاهد تيسيرا كما في مسألة الاستبراء والسفر والعقل مع البلوغ وغيرهما فاما في قول الشاهد ولم يقل قول النصارى انما قبلت الشهادة لان عبارة عن السكوت وهو امر ثابت معين * فان قيل الشهادة على النفي انما لم تقبل اذا لم تكن مقرونة بالاثبات اما اذا فرئت بالاثبات فتقبل كشهود الارث اذا قالوا ان هذا وارث فلان لم نعلمه وارثا غير حتى يدفع المال الى المشهود له بلا تلوم والمشهود به هنا امر ثبوتى والنفي يثبت ضمنا فاولى ان تقبل * قلنا التضحية وان كانت امرا وجوديا لكنها مما لا تدخل تحت القضاء فلم يكن معتبرا فيقضى النفي مقصودا فاما الارث فيما يدخل تحت القضاء فيكون معتبرا وثبت النفي في ضمن ذلك * فان قيل ذكر شمس الائمة السرخسى في المبسوط في كتاب الدعوى ان الشهادة على النفي تسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبدى ان لم تدخل الدار اليوم نانت حر فشهدا انه لم يدخل الدار اليوم تقبل ويقضى بعقده وما نحن بصدده من قبيل الشروط * قلنا هو عبارة عن امر ثابت معين وهو كونه خارج الدار قوله لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب قد وجد وما زاد عليه تكرار ولهذا يقال صام فلان ساعة ثم افطر وتكرار المحلوف عليه ليس بشرط لتحقيق الحنث بخلاف مما لو حلف لا يصوم صوما ولا يقال ان المصدر مذکور هنا ايضا لاننا نقول بلى لكن لغة لا شرعا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا قوله فيما لم يات بجميعها لا تسمى صلوة الا ترى انه لا يقال صلى ركوعا او سجودا وانما يقال صلى ركعة *

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

من النوم على الفراش والجلوس على السرير قوله لهما ان النيرانا يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك لقوله عليه السلام لان نذر فيما لا يملكه ابن آدم * قوله لان اللبس وعزل المرأة ليسا من اسباب ملكه لان غزلها قد يكون من قطنها قوله والمعتاد هو المراد فكانه قال من قطنى ومن قطن سامله ولهذا لو اشترى الزوج قطننا فغزله ونسجته بغير اذنه يكون المنسوج للزوج

قوله وذلك سبب لملكه اي غزل المرأة من قطن الزوج سبب لثبوت ملك الزوج في المغزول ولهذا تعنت اذا غزلت من قطن مملوك او وقت النثر اي انما يعنت به لانه اضاف الى سبب الملك وهو غزل المرأة الى ملكه القطن لان القطن لم يصر مذكورا حتى يضاف اليه ولهذا اورد ان ليست من غزلت من قطنى فهو هدى اجباعا وان اضاف الى المرأة بان قال ان لست من غزلت من قطنك لم يكن هديا اجباعا فلما اطلق ولم يقيد صرفناه الى ما هو المعتاد وهو غزل المرأة من قطن الزوج فيكون الغزل سببا للملك والاضافة اليه اضافة الى سبب الملك ولهذا يعنت فيها اذا غزلت من قطن هو ملك الزوج وقت النثر وان لم يكن القطن مذكورا ولو اهدى بقيمة الثوب جاز وفي التزام هدى شاة لا يجوز اهداء قيمته لان القرية فيها اراقة الدم وفي الثوب سدخلة الفقير والقيمة فيه كالعين * وقيل في اهداء قيمة الشاة رويتان وفي التزام هدى ما لا ينقل يهدى بقيمتها قوله ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وهو ماتحلى به المرأة من ذهب او فضة او جوهر قوله حتى ابيع استعماله للرجال اي لو كان حليا يعمر على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال واماحل التختم لهم بالفضة فانما كان لغرض آخر وهو قصد التختم به لا التزين اوليا كان استعماله للتزين ولغرض آخر كان ناقضا في معنى الحلى هذا اذا كان الخاتم فضة خالصة اما اذا صنع الخاتم من فضة على هيئة خاتم النساء بان كان ذانص يعنت وهو الصحيح كذا في الفوائد الظهيرية ولو لبس خلخال او دملوجا او سورا يعنت سواء كان من ذهب او فضة لانه حلى كامل لانه لا يستعمل الا للتزين ولهذا لايجل للرجال ذلك قوله حتى سمي به في القرآن قال الله تعالى ويستخرجون منه حلية واما يستخرج من البحر اللؤلؤ * والاصل في الكلام هو الحقيقة * وله انه لا يتحلى به الامرصا والترصيع التركيب وبني الايمان على العرف فلا ينصرف الا الى المرصع عند اطلاقه * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقوله لان التحلى به على الافراد معتاد قوله ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش يعينه قوله بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض اي وهو لابسها اما اذا نزع وطرحه على الارض وجلس عليه لا يعنت لانه حينئذ لم يبق تبعه لان تبعيته باعتبار لبسه وبعد ما نزع صار هو بمنزلة البساط او الحصير

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره
اي الغسل والكسوة

قوله لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن فان قيل يشكل هذا بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تعنت فقد بربا يوب عليه السلام في يمينه بهذا الضرب وان لم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من حشيش اوريجان فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه * قلنا جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له في حق امراته تخفيفا عليها لعدم جنابتها بخلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث بانه حزمة من حشيش اوريجان * وروى عن ابن عباس رضى الله عنه ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزائها حينئذ * وفي الكشاف وهذه الرخصة باقية * وعن النبي عليه السلام انه اتى بمخدج اي برجل ناقص الخلق قد حنت بامة فقال خذوا عثكالا فيه مائة شمر اخ فاضربوه بها ضربة ويجب ان يصيب المضروب كل واحد من المائة اما اطرافها قائمة * واما اعراضها مسوطة مع وجود صورة الضرب * وفي شرح الطحاوي ومن حلق ليضربن فلانا مائة سوط فضربها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحيا بهر في يمينه والايلام شرط فيه لان القصد من الضرب الايلام قوله ومن يعذب في القبر توضع فيه الحية ثم من كل وجه عند البعض ويقدر ما يتألم عند البعض * وقال بعضهم يؤمن باصل العذاب ويسكت عن الكيفية * وعن ابى الحسين الصالحى يعذب الميت من غير حية اذا الحية عنده ليست بشرط لثبوت العلم * وقيل بقوله في قول العامة احترازا عن قوله قوله وكذلك الكسوة يعنى لو قال ان كسوتك فعصى عر قوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس اي من غير تملك ولو حلف لا يلبس فلانا فالبسه بعدما مات حنت لان الالباس هو الستر والميت يستتر كما يستتر الحى

وذلك سبب لملكه * ولهذا يعنت اذا غزلت من قطن مملوك او وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا (ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يعنت) لانه ليس بحلى عرفا ولا شرعا حتى ابيع استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم (وان كان من ذهب حنت) لانه حلى ولهذا لايجل استعماله للرجال (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يعنت عند ابى حنيفة وقال لا يعنت) لانه حلى حقيقة حتى سمي به في القرآن * وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا وبني الايمان على العرف * وقيل عند اختلاف عصر وزمان ويفتى بقوله لان التحلى به على الافراد معتاد (ومن حلف لا ينام على فراش فنما عليه و فوقه قرام حنت) لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه (وان جعل فوقه فراشا آخر فنما عليه لا يعنت) لان مثل الشئ لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول (ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يعنت) 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 حنت) لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره
(ومن قال آخر ان ضربتك فعبدى حر فمات فضر به فهو على الحيوة) لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه الحية في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التملك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوى به الستر * وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس

(وكذا)

في القبر توضع فيه الحية ثم من كل وجه عند البعض ويقدر ما يتألم عند البعض * وقال بعضهم يؤمن باصل العذاب ويسكت عن الكيفية * وعن ابى الحسين الصالحى يعذب الميت من غير حية اذا الحية عنده ليست بشرط لثبوت العلم * وقيل بقوله في قول العامة احترازا عن قوله قوله وكذلك الكسوة يعنى لو قال ان كسوتك فعصى عر قوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس اي من غير تملك ولو حلف لا يلبس فلانا فالبسه بعدما مات حنت لان الالباس هو الستر والميت يستتر كما يستتر الحى

قوله وكذلك الكلام بان حلف لا يكلم فلانا اولاد دخل دار فلان لان المقصود من الكلام الانهام وذا بالاسماع وذا لا يتحقق بعد الموت *
 ان قيل روى ان قتلى بدر من المشركين لما القوا في القليب قام رسول الله عليه السلام على رأس القليب وقال وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر
 رض الله عنه انكلم الميت يا رسول الله فقال ما انتم باسع من هؤلاء * قلنا هو غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث لعائشة رض الله عنها قالت
 عنتم على رسول الله عليه السلام قال الله تعالى انك لاتسمع الموتى وما انت بمسمع من القبور ثم لوضع ذلك كان ذلك معجزة لرسول الله عليه
 السلام وقيل المقصود بذلك وعظ الاحياء لانهم الموتى ونظيره ما روى ان عليا رض الله عنه كان اذا اتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين
 لما ساؤكم فقد نكحت واما اموالكم فقد قسمت واما دوركم فقد سكت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول لرسول الارض من شق انهارك وغرس
 لمارك وجنى ثمارك فان لم تعبك حورا اى مقالا اجابتك اعتبارا وكان ذلك سبيل الوعظ للاحياء على سبيل الخطاب للجمادات والموتى قوله
 كتاب الايمان باب اليمين (١٧٥) فى الضرب والقتل وغيره

(وكذا الكلام والدخول) لان المقصود من
 الكلام الانهام والموت بنافيه والمراد من الدخول عليه
 زيارته بعد الموت بزار قبره لا هو (ولو قال ان غسلت
 فعبدي حرف يغسله بعدما مات يحث) لان الغسل هو الاسالة *
 ومعناه التطهير ويتحقق ذلك فى الميت (ومن حلف لا يضرب
 امرأته فمب شعرها او خنقها او عضها حنث) لانه اسم لفعل
 مؤلم وقد تحقق الايلام * وقيل لا يحث فى حال الملاعبة
 لانه يسمى مازحة لا ضربا (ومن قال ان لم اقتل فلانا
 فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث) لانه عقد
 يمينه على حيوة يحدتها الله تعالى فيه وهو متصور فينقذ
 ثم يحث للعجز العادى (فان لم يعلم لا يحث) لانه عقد
 يمينه على حيوة كانت فيه ولا تتصور فيصير قياس مسألة الكوز
 على الاختلاف وليس فى تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين فى تقاضى الدراهم

(ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو على ما دون الشهر
 وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر) لان مادونه بعد
 قريبا والشهر وما زاد عليه بعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد
 العهد ما لقيتكم منذ شهر (ومن حلف ليقضين فلانا دينه
 اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نهرجة
 او مستحقة لم يحث الخالف) لان الزيافة عيب والعيب
 لا يعلم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط
 البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق
 (وان وجدها رصا او استوقفة حنث) لانها ليسا من
 جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما فى الصرف والسلام
 (وان باعه بها عبدا وقبضه بر فى يمينه) لان قضاء الدين
 طريقة المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليقبضه به

باب اليمين فى تقاضى الدراهم

قوله فهو اكثر من الشهر الحكم فى شهر كذلك لكنه
 ذكر الاكثر فى مقابلة مادون الشهر قوله وجد فلان
 بعضها زيوفا او نهرجة فى المغرب رافت عليه دراهمه اى صارت
 مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت وجرهم زيف
 وزائف ودرهم زيوف وزيف * وقيل هى دون النهرج
 فى الرداء لان الزيف ما يرد به بيت المال والنهرج ما يرد به التجار *
 وقياس مصدره الزيوف واما الزيافة فمن لغة الفقهاء *
 والستوق بالفتح ارداد من النهرج * وعن الكرخى الستوق
 عندهم ما كان الصفر والبنعاس هو الغالب الاكثر فيه *
 وقيل هو تعريسه تووه وان يكون داخله نعاسا وخارجها
 فضة قوله فلا يرتفع برده البر المتحقق جواب عما يقال
 لمارد المقبوض انتقض قبضه من الاصل فصار كان لم يكن
 فقال بلى انتقض القبض بعد الصحة لان المقبوض من جنس
 حقه فيظهر نقض القبض فى حق حكم يقبل الانتقاض والبر
 لا يحتمل الانتقاض لان اليمين قد انحلت به * وفى الايضاح
 قىام

والقبض وان انتقض بالرد ولكن اليمين قد انحلت قبل الرد لوجود شرطه وهو قبض الحق فلا يثبت الحنث فى اليمين المنحلة لان الحنث يقتضى قيام
 اليمين ولم يبق اليمين قوله حتى لا يجوز التجوز بهما فى الصرف والسلام لانه يكون استبدال الاستيفاء وهذا ايضاح انه ليس من جنس الدراهم
 قوله وان باعه بها عبدا وقبضه اى المشتري العبد وانما شرط القبض لان الثمن بنفس البيع وان وجب على المشتري الا انه يعرضه السقوط وتقرره
 بالقبض فشرط القبض لهذا قوله لان قضاء الدين طريقة المقاصة * ووجه ذلك هو ان ما يقض ب الدين يصير مضموما عليه لانه يقبضه لنفسه
 على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله اى مثل ما فى ذمته فيلتحقان قاصا واذا ثبت ان طريق قضاء الدين ما قلنا وقعت المقاصة بين الدين
 وبين ثمن العبد فكان ثمن العبد قضا لان ثمن الدين وجوبا واخر الدينين وجوبا واقتضى قضا الاولهما وجوبا باذ القضاء يتلو الوجوب

قوله وان وهبه له يعني الدين لم يبر * وفي الكافي للعلامة السفي وقوله في الهداية لم يبر مشكل لانه يومه انه يحث وليس كذلك لان اليمين لما كانت وقتة باليوم فاذا وهبه قبل مضي اليوم فقد عجز عن تحقق البر قبل مجي وقت الحث وهو آخر اليوم فيبطل اليمين عند ان حنيفة ومحمد رحمهما الله كما لو قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فعنده حر فصب الماء قبل المضي اليوم فان اليمين تبطل عند ان الجواب ان قوله لم يبر ساكت عن الحث فلا يعمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحث ايضا لقوات المحلوف عليه وهو الدين وعذالان

قوله لم يبر اعم من قوله يحث ومن قوله تبطل اليمين فيعمل على الثاني تصحيحا لعلامة ولو لم يتقيد باليوم يستقيم كما في مسألة الكوز * وذكر في الفوائد الظهيرية بخلاف ما اذا وهبها ذ ليس فيها قضا ولا اقتضا بل هي اسقاط وابراء غير انه ان لم يبر لم يحث ايضا عندهما القوات المحلوف عليه وهو الدين وقوات المحلوف عليه جهة في بطلان اليمين على ما عرف في مسألة الكوز * وفي فوائد الحيازي وقيل ذكر اليوم في وضع المسئلة وقع سهوا من الكاتب * وذكر فخر الاسلام على البرزوي والشيخ الامام شمس الاثمة السرخسي والشيخ الامام ابو العيين النسفي رحمهم الله هذه المسئلة في كتبهم مطلقة غير موقفة باليوم فعلى هذا معنى قوله لا يبر يحث لكن هذه نسبة الى السومع الوجه الصحيح وهو انه لا يبر لبطلان اليمين فلا يحث قوله لان الشرط اي شرط الحث قبض الكل لكنه بوصف التفرق يعني ان شرط الحث شيان احدهما قبض الكل والثاني وصف التفرق فيه فاذا وجد احدهما دون الآخر لا يحث ثم ههنا عند قبض البعض ان وجد التفرق لم يوجد قبض الجميع بعد فلا يحث قوله لان استثناء المائة استثناءها بجميع اجزائها فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلها لا يحث *

كتاب الايمان باب (١٧٦) اليمين في تقاضي الدرهم (وان وهبها له) يعني الدين (لم يبر) لعدم المقاصة لان القضاء فعل والهبة اسقاط من صاحب الدين (ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحث حتى يقبض جميعه) لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحث الا به (فان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا يعمل الوزن لم يحث وليس ذلك بتفريق) لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه (ومن قال ان كان لي الامائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحث) لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناءها جميع اجزائها (وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة) لان كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

(واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا) لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي (وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه) لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله وانما يحث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل (واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة) لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية * (ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه) خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثل * ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع فمعاوضة فاقضى الفعل من الجانبين (ومن)

مسائل متفرقة

قوله نعم الامتناع ضرورة عموم النفي لانه نفي الفعل مطلقا فيقتضى عدم الفعل في جميع العبر ضرورة عموم النفي ووجوده في جزء منه ينافي بعدمه في جميعه قوله فيبر باى فعل فعله اي مختارا او مكرها او ناسيا او بطريق التوكيل قوله بكل داعر * الداعر الخبيث المفسد ومصدره الدعارة وهي من قولهم عود داعر اي كثير الدخان كذا في القرب قوله وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجب الرفع بعد العزل لانه مفيد لاحتمال ان يؤتى ثانيا فيؤدب الداعر ثم ان الحالف لو علم بدخول الداعر البلد ولم يعلم المستحلف حال قيام سلطنته لا يحث بمجرد انه لم يعلم لانه جعل شرط الحث ترك الاعلام وبالتأخير لا يتحقق الترك مادام سلطانا ولما اذا لم يعلمه حتى مات المستحلف او عزل فحينئذ يحث الحالف ولا ينفعه اعلام السلطان الذي جاء بعده لان يمينه انعقدت على اعلام الاول كذا في الذخيرة قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه اي قال وهبت منك هذا العبد ولم يقبل فقد بر في يمينه وكذا لو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه ولو يقبل حث وقال زفر لم يحث ما لم يقبلها ويقبضها لان الهبة لا يصح الا بهما * ولنا ان الهبة اسم لا يجاب الملك من جانب وقد وجد * وفي الذخيرة الهبة هي التمليك من جانب الواهب وذلك في قوله وهبت ولا تعلق له بالقبول وانما القبول للثبوت الملك والملك حكم الهبة وشرط الحث نفس الهبة لاحكامها

وفي جامع بكر هذا كما لو حلف لا يقره بشي * او لا يوصي ففعل ولم يقبل الاخر حث * ثم اختلف اصحابنا رحمهم الله قال بعضهم الملك يثبت قبل القبول الا بالرد ينتقض دفع الضر المنه * وقال بعضهم لا يثبت لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق فلا يمكن دفع الضر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة والكتابة لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما وكذا كل عقد فيه بدل والصدق والعتية والهدية والتخلي والعمري والاعارة كالهبة * وفي الكفاية وكذا القرض * وعن ابي يوسف رواية اخرى ان قبول المستقرض شرط لان القرض في حكم المعاوضة

قوله ومن حلف لا يشمر ريعانا الخ * الريعان هو كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء الريعان ما ساقه رافحه طيبة كما لورقه كالآس * والورد والورقة رافحة طيبة فحسب كالياسمين كذا في العرب وفي عرف اهل العراق الريعان اسم لما اقام له على الساق من البقل مما له رائحة طيبة ويست في كل عام كالضيران ونحوه * وفي البسوط ولو حلف لا يشمر ريعانا فشم آسا وما شبهه من الرياحين حنث وان شم الياسمين والورد لا يحنث لانهما من جملة الاشجار والرياحين اسم لما ليس له شجر الا ترى ان الله تعالى قال والنجم والشجر يسجدان الى ان قال والحب ذوالعصف والريعيان فقد جعل الريعان غير الشجر فعرفنا ان ماله شجر ليس بريعيان وان كانت له رائحة مستلذة **قوله** ولو حلف لا يشترى بنفسجا وفي البسوط اذا حلف لا يشترى بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث عندنا ولم يحنث عند الشافعي لانه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى عين البنفسج لان المتصل بالدهن رائحة البنفسج لا عينه ولكننا نعتبر العرف فاذا اطلق البنفسج يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج ايضا * ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث * وذكر الكرخي في كتابه انه يحنث ايضا وهذا شيء يبتنى على العرف ففي اهل الكوفة في ذلك الوقت بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبني الجواب في الكتاب على ذلك * ثم شاهد الكرخي عرف اهل بغداد انهم يسمون به بائع الورق ايضا فقال يحنث وهكذا في ديارنا ولانقول ان اللفظ في احدهما حقيقة وفي الآخر مجاز ولكن فيهما حقيقة او يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والخبري كالبنفسج واما الورد والحنا قال فاني استحسن ان اجعله على الورق والورد اذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما لم يحنث **قوله** والعرف مقرر له لان اسم الورد حقيقة في ورقه وفي العرف يراد به الورق ايضا فكان العرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه لانه اسم للورق حقيقة ويراد به في العرف دهنه فرجعنا العرف على الحقيقة لان مبنى الايمان على العرف *

ومن حلف لا يشمر ريعانا فشم وردا او ياسمين لا يحنث) لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق (ولو حلف لا يشترى بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه) اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبني عليه * وقيل في عرفنا يقع على الورق (وان حلف على الورد فاليمين على الورق) لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب * وفي الشريعة هو العقوبة المقدره حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال (الزنا يثبت بالبيينة والاقرار) والمراد ثبوته عند الامام لان البيينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضره ومعرفة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفي بالظاهر (فالبيينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه الصلوة والسلام للذي قذف امرأته ائت اربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده

كتاب الحدود

قوله وفي الشريعة هو العقوبة المقدره حقا لله تعالى اخترت بالمقدرة عن التعزير بقوله حقا لله تعالى عن القصاص * قيل تقديرات الشرع على اربعة انواع منها ما هو يمنع الزيادة والنقصان وهو الحدود * ومنها ما لا يمنع الزيادة والنقصان كما قال الله تعالى وما تدرى نفس ماذا تكسب غدا فانه لا يعلم ماذا تكسب في هذا اليوم في الزمان الثاني ولا في بعد غد وكذلك **قوله** تعالى من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك * ومنها ما هو يمنع الزيادة دون النقصان وهو خيار الشرط عند أبي حنيفة * ومنها ما هو يمنع النقصان دون الزيادة كمدة السفر **قوله** والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد وهو اختلاط الانساب فانه تعالى شرع حد الزنا لصيانة فرش المسلمين عن الفساد وشرع حد القذف لصيانة اعراضهم * وشرع حد الشرب لصيانة عقولهم * وشرع حد السرقة لصيانة اموالهم **قوله** والطهارة ليست اصلية لانه تحصل بالتوبة لا باقامة الحد اذا لم يقام على كرمه فلا يكون

محسلا للثواب فلا تحصل به الطهارة فان تاب كان الحد مطهرا والا لا يكون طهارة بل يكون خزيا ونكالا كما قال الله تعالى في حد قطع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم **قوله** الزنا يمد ويقصر فالقصر لا هل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والحد لاهل نجد * قال الفرزدق ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخمر طوم يصبح مسكرا * الخمر طوم الخمر المسكر بفتح الكاف من التمسكير المخمور يخاطب به الرجل البكنى بابي حاضر والنسبة الى المقصور زنوي والى الممدود زناوي كذا في الصحاح **قوله** يثبت بالبيينة والاقرار اي عند الاسام وعلم القاضى ليس بحجة في الحدود باجماع الصحابة رضئ الله تعالى عنهم وان كان القياس يقتضى اعتباره لان عمله فوق البيينة والاقرار **قوله** والاشاعة ضده اي ضد الستر فيكون مندوبا **لقوله** تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة *

(واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى) لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطئ جارية الابن فيستقصى في ذلك احتياالا للمدرك (فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعد لوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتب بظاهر العدالة في الحدود احتياالا للمدرك قال عليه السلام ادروا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى * قال في الاصل يجبس حتى يسأل عن الشهود الاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يجبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال (والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي) فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير مرجح للمدرك واشتراط الاربع مذهبنا * وعند الشافعي يكتب بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضى الله عنه فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر بهادونها لما اخرها لثبوت الوجوب 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 يحيى فيقر هو المروي عن ابي حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال (فاذا تم اقراره اربع مرات سألته عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه المدرك) لتمام الحجية 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 سأل جاز لجواز انه زنى في صباه (فان رجع المقر عن اقراره قبل

قوله فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو اما السؤال عن ماهية الزنا فللاحتراز عما لم يكن فعلها على النوى ذكر الحد من تفسير الزنا فان من الناس من يعتقد في كل وطئ * انه زنى ولان الشرع سمي الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك او يكتب والحد لا يجب الا بالجماع في الفرج * واما السؤال عن الكيفية فللاحتراز عن تناس الفرجين من غير ايلاج * وقيل للاحتراز عن صورة الاكراه * واما السؤال عن المكان فللاحتراز عن فعل الزنا في دار الحرب * واما السؤال عن الوقت فللاحتراز عن ان يكون العهد متقادما وحد الزنا لا يقام بعد تقادم العهد عندنا * واما السؤال عن المزنى بها فللاحتراز عن ان يكون له نكاح او شبهة نكاح مع المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فاذا فسروا تبين ذلك للقاضي قوله وقالوا رأيناه وطئها هذا جواب عما هو وقوله كالميل في المكحلة جواب كيف هو * ميل المكحلة خشبتها التي يكتب بها والمكحلة بضمتين وعاء الكحل والجمع مكحل قوله يجبس حتى يسأل عن الشهود فان قيل الحبس بنا في الاحتياط للمدرك فينبغي ان لا يشرع كاخذ السكفيل منه قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحسبه تعزيرا قوله في اربعة مجالس من مجالس المقر * وقال ابن ابي ليلى يقام بالاقرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد اعتبارا للاقرار بالشهادة بعله انه احد حجتى الزنا قوله اعتبارا بسائر الحقوق يعنى في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك وهنا قوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة لان زيادة طمانينة القلب تحصل بزيادة العدد من الشهود ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد قوله ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فطهرني فاعرض عنه فجاه الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فلما قال في المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الان اقررت اربعا فبمن زنت قال بقلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها * فابى الى ان اقر بصريح الزنا فقال اباك خبل اباك جنون وفي رواية بعث الى اهله هل ينكرون من عقله فقالوا لا فسأل عن احصائه فاجبرانه محصن فامر برجمه كذا في المبسوط * فان قيل انما اعرض النبي عليه السلام لانه استتراب عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار وادم على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم زال الشبهة بالسؤال اباك خبل اباك جنون * قلنا اما الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال رسول الله عليه السلام اباك خبل اباك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطئ فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق اسرقت وما اخاله سرق والدليل عليه ما روى ان ابا بكر رضى الله عنه قال لما عزلنا اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم ولانه لو كان لا بلا العنصر لعلق الامر بثلاث لا بربع كذا في الاسرار واعتباره بسائر الحقوق باطل فقد ظهر فيه من التغليب ما لم يظهر في سائر الاشياء من ذلك ان النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الانصاف وشرط في احد المجتمعين من العدد ما لم يشترط في سائرهما وكذلك للتغليب فكذلك اعتبار الاقرار كذا في المبسوط قوله ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا اقراره قوله الى ان يتم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فعنده اي فعند اتحاد المجلس قوله فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي اي اتحاد مجلس المقر معتبر في عدم الوجوب دون اتحاد مجلس القاضي قوله والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر بان يقول اباك

اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله) وقال الشافعي 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 غير محتمل للمصدق كالافرار وليس احد يكذبه فيه فتحقق الشبهة في الافرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للامام ان يلحق المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت) لقوله عليه السلام لما عزى الله عنه لعلك لمستها او قبلتها قال 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 الصلوة والسلام رجم ما عزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزني بعد الاحصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضی الله عنهم قال (ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدىء الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) كذا روى عن علي رضی الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدائه احتيال للدرء * وقال الشافعي لانتشرط بدائه اعتبارا بالحد * فلنا كل احد لا يحسن الجلد فرما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف (فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط (وان كان مقرا ابتداء الامام ثم الناس) كذا روى عن علي رضی الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحصاة وكانت قد اعترفت بالزنا (ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام في ما عزى الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعدما رجمت (وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه اتسخ في حق المحصن فبقى في حق غيره معمولا به قال (يا امر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا) لان عليا رضی الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرة والمتوسط

خبل بك جنون كما مر من لفظ الحديث * وفي الايضاح وينبغي للامام ان يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهة له ويأمر بتنجيته لما روى عن النبي عليه السلام انه طرد معاذا * وعن عمر رضی الله عنه انه قال اطردوا المعترفين بعنى في الزنا قسوله كما اذا وجب بالشهادة يعنى ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل الاقرار بانكاره لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما بالآخر * فلنا ان انكار المشهود عليه شرط صحة قبول البينة وشرط صحة الشيء لا يكون مبطلا قسوله ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع اى ليس احد يكذبه فيه فيتعارض كلاماه الاقرار والرجوع وكل واحد منهما محتمل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة فيسقط الحد لوجود الشبهة بهذا الطريق قوله وهذا قريب من الاول اى قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك لمستها او قبلتها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تالقي للرجوع له ان في كل واحد منهما لو قال نعم يسقط الحد

فصل في كيفية الحد واقامته

قوله في الحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يصل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وهو حديث معروف قسوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضی الله تعالى عنهم اى على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا الرجم حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم يكن في حيز التواتر قسوله وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية احتريزه عما روى عن ابي يوسف فانه ذكر في الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمى بعضهم او خرس او جن او ارتد او قذف مسلما فاضرب الحد لم يرم الشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف * وروى انهم اذا امتنعوا او غابوا رجم الامام ثم الناس كذا في النخبة فاذا كان الشهود مقطوع اليدين في الاصل لا تمتنع الاقامة بخلاف ما اذا قطعت ايديهم بعد الشهادة * وفي الايضاح ولا بأس بكل من رمى ان يتعمد قتله لانه المقصد من الرجم الا انه اذا كان ذارح محرر من المرحوم فانه لا يستحب ان يتعمد قتله * وقد روى عن حنظلة بن ابي عامر رضی الله عنه انه استأذن رسول الله عليه السلام في قتل ابيه وكان هو كافرا فمنعه عن ذلك وقال دعه يكفك غيرك ولانه ما مورصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة * الغامدية امرأة من غامد حى من الازد * والجلدة ضرب الجلد ومنه جلدة الجلاد * قسوله بسوط لا ثمرة له * ثمرة السوط مستمارة من واحدة ثمرة الشجرة وهى عذبتة وذنبه طرفه * وفي المجلد والصحاح ثمرة السوط عقد اطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعنى العقدة والاول اصح لما ذكر الطحاوى ان عليا رضی الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة وكانت الضربة ضربتين كذا في المغرب وكذلك تعليل الايضاح دليل عليه حيث قال وينبغي للقاضي ان يأمر الجلاد ان لا يضرب بسوطه لانه لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين والمشهور في الكتب لا ثمرة له اى لا عقدة عليه

بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى السهلاك
 وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه)
 معناه دون الازار لان عليا رضى الله عنه كان يأمر بالتجريد
 في الحدود ولان التجريد ابلغ في اصال الالم اليه وهذا
 الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف
 العورة فيتوفاه (ويفرق الضرب على اعضائه) لان المجمع
 في عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لامتناع قال
 (الارأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام للذي امره
 بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقلل والرأس
 يجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن
 فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع
 حدا * وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا رجوع اليه
 وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضى الله تعالى عنه اضربوا
 الرأس فان فيه شيطانا * قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن
 ابيع قتله ويقال انه ورد في حربى كان من دعاة الكفرة
 والاهلاك فيه مستحق (ويضرب في الحدود كلها قائما غير
 ممدود) لقول على رضى 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 ويهد كما يفعل في زماننا * وقيل ان يمد
 السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه * وقيل ان يمد به بعد
 الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق (وان
 كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى فعلين نصف
 ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق
 منقص للنعمة فيكون منقضا للعقوبة لان الجنابة عند توافر
 النعم افحش فيكون ادعى الى التغليب (وان الرجل 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 (وان حفر لها في الرجم جاز) لانه عليه الصلوة
 والسلام حفر للقامدية الى ثنودتها وحفر على رضى الله
 تعالى عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه الصلوة
 والسلام لم يأمر بذلك وهى مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر
 (ويحفر الى الصدر) لما روينا (ولا يحفر للرجل) لانه عليه السلام

قوله بين المبرح وبرحاء الحمى وغيرها شدة الاذى
 بقول برح به الامير تبريحا وضربه ضربا مبرحا كذا
 في الصحاح قسوله ويفرق الضرب على اعضائه ذكر
 في المسوط ويعطى كل عضو حظه من الضرب لانه قد نال
 اللذة في كل عضو قسوله والمذاكير هى جمع الذعر
 الذى هو العضو على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك المجمع
 بين الذكر الذى هو الفعل وبين الذكر الذى هو العضو *
 ثم انما ذكر بلفظ المجمع ههنا مع افراد قريبه وهو الوجه
 لانه اراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم لثابت
 مفارق رأسه كذا في الصحاح والمغرب * وعن ابي يوسف
 في ضرب الحد يتقى الفرج والبطن والوجه والصدر ذكره
 في النخبة قسوله قال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا *
 وفي الايضاح يضرب الرأس لان ضرب به سوطا اوسطين لا يعشى
 منه الفساد قسوله وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى
 فعلين نصف ما على المحصنات من العذاب * والمراد به الجلد
 لان الرجم لا يتنصف والاية نزلت في الاماء والحكم في العبيد
 كذلك بدلالة النص وانما خصص بالذكر لغلبة اسباب
 السفاح فيهن ودعوتهن اليه دون العبيد واليه الاشارة في
 تقديم الزانية على الزانى بخلاف السارق والسارقة قسوله
 وتضرب جالسة لما روينا من حديث على رضى الله عنه والنساء
 قعودا * الثندوة بفتح الاول والواو او الضم والهمزة فكان
 الواو والدال في الحالين مضمومة ثدى الرجل او لحم الثديين
 عندا في المغرب * الهمدانية بسكون الهميم

قوله ما عزرى لما عزرى الله عنه ولا يربط ولا امسك بل كان مطلقا حتى هرب من ارض قليلة الحجارة الى ارض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير مشروع الا ان يعجزهم فحينئذ يربط ويشد قسوله وقال الشافعي له ان يقيمه اى الحد الذى هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه او اقرين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفي حد القذف والقصاص له وجهان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامامة ان كان لواقرين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفي حد القذف والقصاص له وجهان وهذا اذا كانت امة اما فان مكتبا او ذميا او امرأة فليس له ولاية اقامة الحد على مملوكه لقوله عليه السلام اقيموا الحدود على ما ملكتم ايمانكم وقال اذا زنت امة عندكم فليجلدها وفي رواية فليجدها ولان له ولاية مطلقة عليه فملك اقامة ما وجب عليه كالامام بل اولى لان ولايته عليه اقوى من ولاية الامام حتى يملك فيه تصرفات لا يملكها الامام الا ترى ان المولى هو الذى يزوج دون المولى بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا يزوج الا بعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل انها فوق ولاية السلطنة ولهذا يملك عليه التعزير كما يملك الامام والحد عقوبة زاجرة كالتعزير * ولنا ما روى عن العبادلة الثلاثة موقونا ومر فوعا اربع الى الولاية الحدود والصدقات والجهعات والفيء * ولان الحد حق الله تعالى اذ القرص منه اخلاء العالم عن الفساد فتكون الولاية مستحقة بالنسبة عن الله تعالى والامام هو المتعين في نيابة الله تعالى او نائبه فاما المولى فولايته بالملك فلا يصلح نائبا عن الله تعالى بخلاف التعزير لانه من حقوق الملك والمقصود به التثقيف والتأديب وذات سبب زيادة ماليته فيرجع نفعه اليه فكان حقا له فيكون بسبب منه الا ترى انه يعزر من لا يخاطب بحقوق الشرع كالصبيان وهو كالرباطة والتأديب في النوايا فانه حقوق الملك ولهذا كان المولى مقدما على الامام وانما ثبتت الولاية له بسبب الملك كالتزويج وللامام ولاية اقامة الحد شاء المولى اولى دل انه لا تثبت له ولاية اقامته بسبب الملك وكيف تثبت به وهو غير مملوك له من ذلك الوجه لان الحدود انما تصب باعتبار معنى الآدمية دون المالية اذ الحد لا يصعب على المال بحال والعبد باعتبارها يبقى على الاصل الحرية حتى يصح اقراره بالحدود ولا يصح اقرار سيده عليه بها فكان سيده فيها كسائر الاجانب كما في طلاق زوجته * وقوله اقيموا الحدود خطاب للامة كقوله تعالى فاجلدوا فاقطعوا * وفائدة تخصيص المالك ان لا تجعلهم الشفقة على مملوكه على الامتناع عن اقامة الحد عليهم او المراد التيسير والمرافعة الى الامام وقد يضاف الشيء الى المباشرة تارة الى السبب اخرى والظاهر هذا لانه مخاطب كل المولى بذلك وكل المولى لا يملكون المباشرة بالاجماع

قوله واحصان الرجم وانما قيد بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يعنى ان شاء الله تعالى * وفي المتوسط وللاحصان الذى يتعلق به الرجم شرائط فالمتقدمون يقولون شرائطه سبع العقل والبلوغ والحرية والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وان يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر في صفة الاحصان والاسلام والاصح ان يقول شرط الاحصان على الخصوص اثنان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص لان غير المخاطب لا يكون اهلا للترام شيء من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لا ان يكون شرط الاحصان على الخصوص * واما الدخول فشرطه ثبت بقوله عليه السلام والثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول وشرطنا ان يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيب على ما عليه اصل حال الآدمى من الحرية لا يتصور بسبب مشروع

ما عزرى لما عزرى الله عنه ولان مبنى الائمة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعي له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير * ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاية وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفى فيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه * قال (واحصان الرجم ان يكون حوا عاقلا بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الاحصان) فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجنابة بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند شكرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فينابى به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجراً عن الزنا والجنابة بعد توفر الزواجر اغلظ * والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام * وكذا ابو يوسف في رواية * لهما ما روى ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا * فلنا كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس به محصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل * وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوح الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا

(الهداية مع الكفاية) ٢٤
سوى النكاح الصحيح فكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم افشش العقوبات فيستدعى اغلظ الجنائيات والجنابة في الاقدام على الزنا بعد اصابة الحلال تكون اغلظ ولهذا لا تشترط العفة عن الزنا في هذا الاحصان بخلاف احصان القذف لان الزنا بعد الزنا اغلظ في الجريمة من الزنا بعد العفة قوله بخلاف الشرف والعلم متصل بقوله وهذه الاشياء من جلائل النعم لما ذكر ان تكامل الجنابة بواسطة تكامل النعمة فوجب الرجم لذلك على من زنى بعد وجود هذه النعم الجليلة ورد عليه الشرف والعلم فانها ايضا من اجل النعم ولم يشترطها * فاجاب بان الشرع لم يرد به قسوله والامامة شبع بالوطئ الحلال يعنى الامامة بطريق الحلال يحصل الشبع

وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات
وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ
الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصحبة اقله
رغبتهما فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا اختلفا
مع الاختلاف في الدين * وابويوسف يخالفهما في الكفارة
والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحسن المسلم
اليهودية ولا النصرانية ولا الحرالامة ولا الحر العبد قال (ولا
يجمع في المحسن بين الرجم والجلد) لانه عليه الصلوة
والسلام لم يجمع ولان الجلد يعمرى عن المقصود مع الرجم
لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها
وزجره لا يحصل بعدها كما قال (ولا يجمع في البكر بين الجلد
والنفي) والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر
بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا
لقلة المعارف * ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل
الموجب رجوعا الى حرف الفاء والى كونه كل المنذور
ولان في التغريب فتح سبب الزنا لانعدام الاستحيا من
العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما نتخذ زناها مكسبة
وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول على
رضي الله تعالى عنه كفي بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشرطه
وهو قوله عليه الصلوة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة
ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال (الا ان
يرى الامام في ذلك مصلحة فيغيره على قدر ما يرى) وذلك
تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاموال فيكون الرأي
فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة
رضي الله عنهم (وان زنى المريض وحده الرجم رجم) لان
الاختلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد
لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضى الى الهلاك واهذا لا يقام
القطع عند شدة الحر والبرد (وان زنت الحامل لم تحم حتى
تضع حملها) كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة
(وان كان حدها الجلد لم يجلد حتى تتعالي من نفاسها)
اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر
الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل *
وعن ابي حنيفة انه يؤخر الى ان يستغنى ولنا عنها اذا لم يكن
احد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع

قوله وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات
وهي الكفر والمملوكية والجنون والصبا اي لا تكون
المرأة محصنة وان كان النكاح والدخول موجودين كما
لا يكون الرجل محصنا اذا كانت المرأة موصوفة باحدى
هذه الصفات عند الدخول فان قيل كيف يتصور ان يكون
الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلنا صورته ان يكونا كافرين فاسلمت
المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام على الزوج
قوله والحجة عليه ما ذكرناه اشارة الى قوله ولا اختلف مع
الاختلاف في الدين قوله لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم
ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لما ان الزنا انما ينشأ من
الصحة والنوانسة والتغريب قاطع لهذا قوله رجوعا
الى حرف الفاء لانه يقتضى ان يكون جزاء الجزاء انما يكون
كافيا لانه من جزاء بالهمز اي كفي والى كونه كل المذكور
فيكون كل المراد اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو
اوجبتا معه التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون
نسفا * ثم قوله فيه قطع مواد البقاء فانها اذا تباعدت عن
الاهل والوطن اخرجهما لقطع مادة المعاش عنها الى التمسك
بالزنا وفيه قطع مادة البقاء بتضييع الماء وعلوق ولد لا يقوم
احد يربيه وهذا اقوى مما قاله لان ما ينشأ من الصعبة
والموانسة يكون مكتوما وما ينشأ من الوقاحة وخلاعة العذار
يكون مشهورا وهو افشش قوله وهذه الجهة من العلة
اقوى من علة الخضم لشهادة قول على رضي الله عنه بصحة ما قلنا
قوله الحديث منسوخ كشرطه وهو الجمع بين الجلد والرجم
وليس هذا اثبات النسخ بالقياس فانه لا يجوز ولكن انتساخ
احد شرطه دليل بعدمه على آية الجلد فنسخ الحديث بشرطه
باية الجلد ثم انتسخت قضية الآية في حق المسلم المحسن
بحديث ما عر فاستقرت الشريعة قوله وقد عرف طريقه
في موضعه وهو ما ذكر في حديث العرينيين فان قوله عليه
السلام استنزهوا البول يعارضه امره عليه الصلوة والسلام
للعرينيين بشرب ابوال ابل رجعا الى التأريخ وقلنا قد قام
دليل سبق حديث العرينيين وهو انه تعلق به شيخان المثلة
واباحة شرب البول ثم المثلة لما ثبت انها كانت في ابتداء
الاسلام ثم نسخت فثبت ان اباحة الشرب صارت منسوخة
بقوله استنزهوا البول لانها شرط حديث العرينيين فكذلك
هنا قد قام الدليل على تقدم الحديث على قوله تعالى
الزانية والزاني الا يقول ذلك ان حكم الزنا كان في ابتداء الاسلام
المحس في البيوت والايدي باللسان بقوله تعالى نامسكوهن
في البيوت وبقوله تعالى فاذهبا ثم نسخ ذلك بالحديث
وهو ما روى عن النبي عليه السلام انه خرج يوما فقال قد
جعل الله تعالى لهن سبيلا خذوا عنى الثيب بالثيب جلد مائة
ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام فلو
كان قوله الزانية والزاني قد نزل قبل هذا الحديث لقال عليه
السلام خذوا عن الله فلما قال خذوا عنى علم ان قوله الزانية
والزاني لم يكن نزل ثم نسخ بقوله الزانية والزاني الآية فاذا
ثبت نسخ شرط الحديث وهو قوله عليه السلام الثيب
بالثيب الحديث بقوله الزانية والزاني فكذلك الشرط الثاني
قوله فيغيره على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لاحد
تلاخيص بالزنا بل يجوز في كل جنابة والرأي فيه الى الامام
الاترى ان النبي السلام نبي هيت الموضت ونبي عمر
رضي الله تعالى عنه نضربن المجاج وكان غلاما صبيحا يفتن به
النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه
قال ما ذهبي يا امير المؤمنين فقتال لا ذنب لك وانما الذنب
على حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وتغريب النبي عليه السلام
والصحابه ما خاض بطريق الحد بل بطريق السياسة الاترى ان عمر
رضي الله تعالى عنه ترك ذلك فانه نفي زانيا فارتد فاعق بالروم فعلق
ان لا ينفى احدا بعد ذلك فلو كان مشروعا لما حلف ان لا يقمه

قوله وقد روى انه عليه السلام قال للمعامدية ان رجمي حتى يستغنى ولدك فقلت اني اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربيته ولدها فامر رسول الله عليه السلام برجمها فدل ان الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب كذا في مبسوط فخر الاسلام

باب الوطى الذي يوجب الحد

قوله وطى الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك فان قيل المرأة تحد حد الزنا ولا يصدق الحد على فعلها وانزني بدليل اقامة الحد عليها وكذا يحد قاذفها قلنا ذلك داخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا فلما تحقق المحذور بتمكينها ثبت في حقها ايضا فلها اضيغ اليها ووجب الحد عليها ايضا تبعا للرجل دل عليه انه اذا امتنع في حق الرجل بان مكنت البالغة العاقلة صبيا او مجنونا لا يجب عليها الحد ايضا عند علمائنا الثلاثة لعدم التمكين من فعل زنا لان فعله الصبي والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يتحقق الزنا بتمكينها فلم يجب عليها والبالغ العاقل اذا زني بصبية او مجنونة حدونها لتتحقق الزنا من الرجل ولا حد عليها وان مكنت من الزنا لانها غير مخاطبة بقوله وتسمى شبهة اشتباه امي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت انها على حرام حد قوله وتسمى شبهة حكيمية اي ناشية عن دليل الشرع قوله لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية زوجته تحمل له بناء على ان الوطى نوع استخدام والا استخدام محل فسكننا الوطى قوله والثانية تتحقق اي تكون شبهة في حق الكل قوله لاطلاق الحديث وهو قوله عليه السلام احرؤا الحدود بالشبهات قوله جارية ابنا وكذا جارية جد وان علا قوله والمطلقة ثلثا وهي في العدة لان بعض احكام النكاح قائم بعد الطلاق الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وشبهت النسب لوجبات بولدها الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف ان من طلق امرأته ثلثا هل يقع ام لا ينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد قلنا هذا خلاف غير معتد به حتى لا يسع للقاضي ان يقضى به ولو قضى لا ينفذ ارايت لو وطئها بعد العدة احنا نسقط الحد منه بقول من يقول لا يقع قوله وبائنا بالطلاق على مال وانما قيد البيئونة بالمال لان البيئونة اذا حصلت بدون المال فوطئها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها على حرام قوله والجارية المرهونة في حق المرهون في رواية كتاب الحدود لان الثابت له يد الاستيفاء والاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من ماليتها فلم يصادف الوطى محل الاستيفاء فلم تثبت شبهة المحل قياسا على الاجارة فان عقد الاجارة لما لم يقد ملك المتعة بحال لم يورث قيام الاجارة في المحل شبهة حكيمية فعلى هذا كان ينبغي ان يجب عليه الحد اذا اشتبه اولم يشتبه كما في الجارية المستأجرة الا انه لا يجب عليه الحد اذا اشتبه عليه لانه اشتبه عليه ما يشتهه لان ملك المال في الجملة سبب ملك المتعة وان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد سبب الملك في حق المال فيشبهه عليه انه هل يثبت بهذا القدر ملك المتعة بخلاف الاجارة لان الثابت بالاجارة ملك المتعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه مالا يشتهه ووجه رواية كتاب الرهن انه اذا وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اذا اشتبه اولم يشتبه قياسا على مال الوطى اية اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال وبأخذ حقيقة الملك

باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال (الوطى الموجب للحد هو الزنا) وانه في عرف الشرع والمسان وطى الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محذور والحرمه على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه الصلوة والسلام ادروا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكيمية والاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن لتتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمه في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعا الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابنة وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاهما وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرهون في رواية كتاب الحدود في هذه المواضع لا حد عليه اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها على حرام وجب الحد * والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنة والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم والمهورة في حق الزوج قبل القبض والمشاركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرهون في رواية كتاب الرهن * ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها على حرام * ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند البايعين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى اذ عرفنا هذا قال (ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها على حرام حد) ازوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة

منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاصباح
ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف للاختلاف ولو قال
ظننت انها تحل لى لا يجد لان الظن في موضعه لان اثر الملك
قائم فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى اسقاط
الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها واختلعة والمطلقة على مال
بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض
الأثار فى العدة (ولو قال لها انت خلية او بريرة او امرئ
بيدك فاخترت نفسها ثم وطئها فى العدة وقال علمت
انها على حرام لم يجد) لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيه
فمن مذهب عمر رضى الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا
الجواب فى سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف
مع ذلك (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده
وان قال علمت انها على حرام) لان الشبهة حكومية لانه نشأت
عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابنك والابوة
قائمة فى حق الجد قال (ويثبت النسب منه وعليه قيمة
الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطئ جارية ابية 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
وطئ جارية مولاة) لان بين هؤلاء انبساط فى الانتفاع فظنه
فى الاستمتاع فكان شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة
فلا حد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لى
والفعل لم يدع فى الظاهر لان الفعل واحد (وان وطئ جارية
اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لى حد) لانه لا انبساط فى
المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لها بينا
(ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك
فوطئها لحد عليه وعليه المهر) قضى بذلك على رضى الله
عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار فى موضع الاشتباه
اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها فى اول الوهلة فصار
كالمغرور ولا يجد قاذفه الا فى رواية عن ابى يوسف لان الملك
منعده حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد)
لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل
وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التى فى بيتها وكذا
اذا كان اعمى لانه يمكن التمييز بالسؤال وغيره الا ان كان دماغها

وقفت الهلاك والجواب عن هذا ان البيع بخيار الشرط انما يقيد به
الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب
لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وهما انما يملك
مالية المهر عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يقيد له
سبب ملك المتعة بحال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المتعة
كذا فى النخبة * وذكر فى الايضاح واما المهر فانه اذا وطئها
المرتين وقال ظننت انها تحل لى فقد ذكر فى كتاب الرهن انه
لا يجب عليه الحد وذكر فى كتاب الحدود انه يجد ولا يعتبر ظنه
لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها
فلم يكن الوطى حاصلًا فى محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة
للفعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية البت قسوله ولا
يعتبر قول المخالف فيه وهو قول الروافض فسد الزيدية
بايقاع الثلث جملة تقع واحدة رجعية وعند الامامية لا يقع
شئ * ويروى عن ابن عمر رضى الله عنه ان يصر
ذلك شبهة فى المثل كقول عمر رضى الله عنه فى الكنايات
الا انه قول مجهول مخالف لقول الجمهور فلا يؤثر فى ايراث
الشبهة فى المثل قد صرح عن عمر رضى الله عنه انه يقع الثلث جملة
فيكون ذلك خلافا لاختلافنا اى قولنا لا دليل لاختلافنا ناشيا
عن دليل فلا يعتبر قسوله وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف
مع ذلك فان مذهب عمر رضى الله عنه فى ذلك انه تقع واحدة
رجعية ايضا * وابن مسعود رضى الله عنه معنى قوله امرئ بيدك
فى انه تقع واحدة رجعية اذا نوى ثلثا قسوله وولد ولده
اى وان كان ولده حيا * وفى خزائن الفقيه ابى الليث اذا زنى بجارية
ناقتة والاب فى الاخياء وقال علمت انها على حرام لا يجد ويثبت
النسب قسوله والابوة قائمة فى حق الجد فى الكفى والجد كالأب
لان الشبهة نشأت من جهة الابوة وهى قائمة لكن لا يثبت نسبه
عند قيام الاب هذا مخالف ما ذكر فى الخزانة * قوله والفعل
لم يدع فى الظاهر اى فى ظاهر الرواية * وروى الحسن عن
ابى حنيفة ان الجارية ان ادعت الحد ولم يدع الفعل حد لان
المرأة تابعة فى فعل الرضا للشبهة المتمكنة فى جانب التبع
لا تعتبر فى جانب الأصل بخلاف ما اذا ادعى الرجل الظن
لانه اصل فى الفعل فان قيل يشكك هذا اذ الرضا البالغ بصبية
حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هناك
ايضا واحد * قلنا نعم كذلك الا ان سقوط الحد عن الصبية
باعتبار عدم الاهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة فلذلك
اختص عدم الوجوب هناك بالصبية واما هنا عدم الوجوب
على الجارية باعتبار الشبهة والشبهة اذا تمكنت فى فعل واحد
من احد الجانبين يؤثر فى الجانب الآخر لا محالة قسوله
وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا اى لا انبساط فى المال
فلم يكن الظن مستندا الى دليل * فان قيل لم يجعل هذا كالمسرفة
يعنى اذا سرق من مال اخيه واخوته لا يقطع قلنا لان بعضهم
هناك يدخل بيت البعض من غير استيفان وحشمة فلم يتحقق
هناك الحرز والقطع دائر مع تلك الحرز واما هنا فالحد دائر
مع الملك او العقولم يوجد الحد ولا شبهة فيجب الحد قوله
ومن زفت اليه غير امرأته والمؤنفة وان كانت الشبهة فيها
شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته الا ان الشرع انزل الاخبار
بالمالك كالمحقق فدعا لضرر الغرور * ولولنا قلنا بثبوت
نسبه كمن اشترى جارية ووطئها ثم استحققت فانه يعتبر الملك
كالثابت فى المثل لدفع ضرر الغرور وكذا هنا قسوله ولا
يعد قاذفه الا فى رواية عن ابى يوسف فان احصاه لا يسقط عنه
لانه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطى * علا لاله
فى الظاهر فلا يسقط احصائه * وليكننا نقول لما تبين الامر
بخلاف الظاهر انما يبقى اعتبار الظاهر فى ايراث الشبهة
وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد كذا فى المسوط
قسوله وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم اى
لا يصلح مجرد النوم على فراشه دليلا شرعيا كان مقصرا فيجب الحد

قوله فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك ولولم تقل انا زوجتك لكن اجابته يفعل بعد كسفا في الاصلاح **قوله** وفلان ابو يوسف *
 وعند الشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك الى عالما بالحرمة وان قال ظننت انها حلال لا يحد عندهما ايضا **قوله** ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج
 بالتفويض والتطين **قوله** ومن اتى امرأة في الموضع المكروه فلا حد عليه عند ابي حنيفة * وفي روضة الامام الزند ويسمى الخلاف في الغلام
 كتاب الحدود باب الوطئ (١٨٥) الذي يوجب الحد

فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فوافقها لان الاخبار
 دليل (ومن تزوج امرأة لا يحد له نكاحها فوطئها لا
 يجب عليه الحد عند ابي حنيفة) ولكن يوجب عقوبة اذا كان
 علم بذلك * وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا
 كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلقو كما اذا اضيف
 الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محل الحكمه ومكمله
 الخ وهي من المحرمات * ولا يبيح حنيفة ان العقد صادف محله
 لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة
 المتولد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينقذ في جميع الاحكام
 الا انه تقاعد عن اعادة حقيقة الخ فيورث الشبهة لان الشبهة
 ما يشبه الثابت لانفس الثابت الا انه ارتكب جرمة وليس
 فيها حد مقدر فيعزر (ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج
 يعزر) لانه منكر ليس فيه شيء مقدر (ومن اتى امرأة
 في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند
 ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن
 وقالا هو كالزنا فيحد) وهو احد قولي الشافعي وقال في
 قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول
 ويروى فارجعوا الاعلى والاسفل * ولهما انه في معنى الزنا
 لانه قضاء الشهوة في محل مشتبه على سبيل الكمال على وجه
 نهض حراما لقصد سفح الماء * وله انه ليس بزنا لاختلاف
 الصحابة رضى الله عنهم في موجه من الاحراق بالنار
 وهدم الجدار والتفكيك من مكان مرتفع باتباع الامصار
 وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضرار
 الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام
 الداعي من احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين
 ومارواه محمول على السياسة او على المستعمل الا انه يعزر
 عنده لما بيناه (ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) لانه ليس في
 معنى الزنا في كونه جنسية وفي وجود الداعي لان الطبع
 السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا
 لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه * والذي يروى انه تدبج
 البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب (ومن زنى
 في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج اليها لا يقيم عليه الحد)
 وعند الشافعي يحد لانه التزم بما سلامه احكامه اينما كان مقامه *

واجب ثمة لانه قضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتبه على سبيل
 الكمال على وجه نهض حراما وهي مثله في هذا بل ازيد
 فسفح الماء هنا المبلغ لانه يتوهم ان يكون ذلك من ثالوث يعبد
 ربه ولا يتوهم ههنا فكان تضييع الماء هنا ابين والمحل انما
 يصير مشتبه طبعها بالحرارة واللين وان مثل القبل في هذا وتنهض
 الحرمة هنا ابين لان تلك الحرمة تكشف بكشف كالنكاح
 والشراء ولا كذلك هنا قوله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة
 رضى الله عنهم في موجه * فعن الصديق رضى الله عنه يعزقان
 بالنار * وعن علي رضى الله عنه يجلدان ان كانا غير محصنين
 ويرجمان ان كانا محصنين * وعن ابن عباس رضى الله عنه ينكسان
 من اعلى الموضع ويتبعان بالحجارة * وعن ابن الزبير رضى الله عنه
 يعسبان في اتنين الموضع حتى يموتا تناسا * وعن بعضهم يهضم
 عليهما الجدار ولا يظن بهم الاجتهاد في موضع النص فكان
 هذا اتفاقا على انها ليست بزنا ولا يمكن ايجاب حد الزنا بغير
 الزنا ولا يمكن الحاقها بالزنا بالدلالة لانهما قصرت عنه في المعاني
 الداعية الى شرع الحد فلا يوجب وهذا لان الحدود شرعت للزجر
 فالابد من وجود الداعي طبعها يعثقه على الفعل فيشرع الحد زجرا
 الا ترى ان الحد شرع في شرب الخمر دون البول وان استويا
 حرمة لتباينهما داعيا فالرغبة في الزنا من الجانبين فيكثرو وقوعه
 فيستدعى شرع الزاجر والرغبة هنا من جانب الفاعل فاما
 صاحبه ينوع هذا الفعل على ما عليه الجملة السلبية فيندر
 وقوعها فلا يستدعى شرع الزاجر وفي الزنا افساد الفراش
 واهلاك الولدان ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه دونها
 فتقاصرت عنه في المعاني الداعية الى شرع الزاجر فلا يلحق
 به خصوصا فيما يدرأ بالشبهات ولا يجوز جبر هذا القصور
 بزيادة الحرمة لانها لا يكون قياسا ولا مدخلا في الحدود فان
 قيل انما يوجب حد الزنا بها لانها زنا في الحديث اذا اتى الرجل
 نوما زانيا ولانه فاحشة وهي فاحشة ايضا **قوله** تعالى
 ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة **وقوله** تعالى ان اتون
 الفاحشة فكانت زنا * قلنا هي ليست بزنا حقيقة *
 لانه ينفي عنه هذا الاسم فيقال لاط وما زنى واتفقت الصحابة
 رضى الله عنهم انها ليست بزنا لانهم عرفوا نص الزنا واختلفوا
 في موجهها **قوله** ومارواه اي الشافعي محمول على السياسة
 لانه امر بالقتل المطلق وذا يكون سياسة او على المستعمل
 فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك **قوله** الا انه يعزر عند ابي
 يرباه وابو حنيفة يوجب التعزير بعيننا لانه ارتكب محظورا وانه ليس
 بزنا عنده فيجب التعزير عيننا ولل امام ان يقتله اذا اعتاد
 الفاعل او المفعول به ذلك **قوله** ولهذا لا يجب ستره اي
 ستر فرج البهيمه وذكر البهيمه بمنزلة ذكره ولهذا اضرب ولو كان
 في الطبع داع اليه لوجب ستر ذلك الموضع كالقبل والذنب
قوله الا انه يعزر لما بيناه اشارة الى قوله ارتكب جريمة
 ليس فيها حد مقدر فيعزر **قوله** والذي يروى انه
 تدبج البهيمه روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه اتى
 برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمه فدبعت واحرقت بالنار وهذا
 ليس بواجب عندنا * وتأويله انه فعل كذلك كيلا يعير الرجل بها اذا كانت البهيمه باقية كذا في المبسوط * ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل
 تدبج ثم تحرق لها روى عن علي رضى الله عنه ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله وان كانت
 مما يؤكل تدبج فتؤكل عند ابي حنيفة ولا تحرق بالنار وعند ابي يوسف تحرق ويضمن ان كانت لغيره **قوله** ثم خرج اليها واقر عند الامام

قبوله ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لانقاص الحدود في دار الحرب انه لا يجب لانه بحث لبيان الشرائع لالبيان الحقايق ولان كل واحد يعرف الغلابيكن اقامة الحدود في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد من عدم الاقامة عدم وجوب الحد * فان قيل هذا الحديث معارض بقوله تعالى ذمى بغيرية الخ * الخلاف هنا في موضعين * احدهما ان المحرمي المستامن او الحرية المستامنة اذا زنيا لم يجدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابن يونس حدا والثاني ان تمكين المسلمة او الذمية من المستامن يوجب الحد عليها عند ابي حنيفة وعند محمد لا يوجب اما الكلام في الاول فالاصل عند ابي يوسف ان كل الحدود تقام على المستامن والمستامنة في دارنا الاحد الشرب وعندنا لانقاص المستامن شيء من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تبتنى على الولاية والولاية تبتنى على الالتزام اذ لو الزما عليه حكما بلا التزامه لادى الى تفرض دارنا وقد نذبتنا الى محاملة تحصل الى ذلك على الدخول في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم واما في الثاني فالاصل ان الحد متى لم يجب على المرأة اصلا او تعذر استيفاؤه لم يؤثر في حق الرجل اجماعا فاما اذا لم يتعقد فعل الرجل موجبا لم يجب عليها وان كان لا مانع منها وان كان فعله موجبا ولكن بطل الحد لمعنى لا يمنع وجوب الحد عليها عند ابي حنيفة وعند محمد يمسح لان فعل الرجل اصل وفعل المرأة تبع لانه الفاعل وهي محل الفعل والمصارفي حكم الشروط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد ومتى لم يتعقد فعله موجبا للحد فيما مكنت من فعل موجب للحد فلا يجد واما الامتناع في حق التبع لا يوجب امتناعه في حق الاصل * نظيره زنى عاقل بالغ بصبي او مجنون فانه يجد البالغ لكونه اسلا وزنى صبي او مجنون ببالغة عاقلة فانها لا تصد لكونها تابعة * ولا يبي حنيفة ان فعل المستامن زنا بدليل انه لو قذفه قاذف بعد الاسلام لا يلزمه الحد فصارت هي زانية بالتمكين من الزنا بخلاف الصبي والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لو قذفها قاذف بذلك الفصل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لانه مخاطب بالحرمان وان لم يخاطب باداء ما يستعمل السقوط من العبادات الا ترى ان الذمى يلزمه الحد ولا يجب قبل الخطاب فثبت ان الكفر لا يمنع من الخطاب بالحرمان وانما لم يقم عليه الحد لفقد شرط الولاية وهو الالتزام لا الخلل في فعله فصار كانه زنى ثم غاب والمرأة تابعة نفس الفعل دون حكم الفعل الا ترى ان الرجل اذا لم يكن محصنا والمرأة محصنة يجلد الرجل وترجم المرأة ولا يصير ذلك شبهة في حقها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان فلم يكن فعلهما زنا

قبوله ولنا قوله عليه السلام لانقاص الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعري الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة * ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة (واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية وزنى ذمى بغيرية يحد الذمى والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد المحرمي والحريية وهو قول محمد في الذمى) يعني اذا زنى بغيرية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا (وقال ابو يوسف يحدون كلهم) وهو قوله الاخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمى التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحتها * ولها ما انه ما دخل للقرار بل الحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به وانما 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 فمحص حق الشرع * ولمحمد 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 بصبي او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون * ولا يبي حنيفة فيه ان فعل الحربي المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع

قبوله ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لانقاص الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعري الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة * ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة (واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية وزنى ذمى بغيرية يحد الذمى والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد المحرمي والحريية وهو قول محمد في الذمى) يعني اذا زنى بغيرية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا (وقال ابو يوسف يحدون كلهم) وهو قوله الاخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمى التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحتها * ولها ما انه ما دخل للقرار بل الحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به وانما 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 فمحص حق الشرع * ولمحمد 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 بصبي او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون * ولا يبي حنيفة فيه ان فعل الحربي المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع

لاستحقاق التصفين به ومعلوم ان سبب الوجوب متقرر في حقهم وشرط وجوب الاداء التمكن منه وذلك غير متعذر في حقهم وصلاحيه الذمة لتوث الواجب فيها بسببه موجود في حقهم فلو سقط الخطاب بالاداء كان ذلك تخفيفا والكفر لا يصلح سببا لذلك * ولا معنى لقول من يقول ان التمكن من الاداء على هذه الصفة لا يتحقق حتى لو ادى لم يكن معتدابه لانه متمكن من الاداء بشرط ان يقدم الايمان والخطاب به ثابت في حقه فهو نظير الجنب والمحدث يتمكن من اداء الصلوة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكنا من اداء الصلوة ويوجه عليه الخطاب بادائها مع انعدام التمكن من الاداء باصراره على الكفر وهو جاز في ذلك فيجعل التمكن قائما حكما اذا كان انضمامه بسبب جنابته الا ترى ان زوال التمكن بسبب السكر لا يسقط الخطاب وكذلك انعدام التمكن بسبب الجهل اذا كان عن تقصير منه لا يسقط الخطاب باداء العبادات بسبب الكفر اولى * ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يستعمل السقوط من العبادات

(على)

على اصلنا والتمكين من فعله هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي
والمجنون لانهما لا يخاطبان * ونظير هذا الاختلاف اذ اذني المكره
بالمطوعة تحد المطوعة عندك وعند محمد لا تحد (واذا زني الصبي
او المجنون بامرأة طوعته فلا حد عليه ولا عليها) وقال
زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف
(وان زني صحيح بمجنونة او صغيرة يجمع مثلها حد
الرجل خاصة) وهذا بالاجماع * لها ان العذر من جانبها
لا يوجب سقوط الحد من جانبها وهذا فكذا العذر من جانبها لان
كلامها مؤاخذ بفعله * ولان فعل الزنا يتحقق منه وانها هي
محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة من زنا بها الا
انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية
بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في
حقها بالتمكين من قبوع الزنا وهو فعل من هو مخاطب
بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه
الصفة فلا يباط به الحد قال (ومن اكرهه السلطان حتى
زني فلا حد عليه) وكان ابو حنيفة يقول اولي الحد وهو قول
زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة
وذلك دليل الطوعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه
لان سببه المتجمع قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد
لانه قد يكون من غير قصد لان الانتشار قد
يكون طبعا لاطوعا كما في النائم فاورث شبهة
وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة وقال لا يحد
لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر
خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره * وله ان الاكراه من
غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او جماعة
المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا
يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره
ولا الخروج بالسلاح عليه فافترا (ومن اقرار بعمرات في مجالس
مختلفة انه زني بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا
وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك)
لان دعوى النكاح يحتل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث
شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع (ومن
زني بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل
الزنا لانه جنى جنائبتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه
وعن ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة
فصار كما اذا اشتراها بعد ما زني بها وهو على هذا الاختلاف
واعترض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك
المسروق قبل القطع * ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك

قوله على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا ان الكفار غير
مخاطبين بالشرائع عندنا وعند الشافعي مخاطبون بها بناء على ان
الشرائع عند من نفس الايمان وهم مخاطبون بالايمان فيخاطبون
بالشرائع * وعندنا الشرائع ليست من نفس الايمان وهم وان
كانوا مخاطبين بالايمان فلا يخاطبون بالشرائع **قوله** وفعل
الصبي ليس بهذه الصفة فلم تكن المرأة من زنا بها كالضروب
والمقتول انما يتصف بهذا الوصف اذا كان الفعل الواقع عليه
ضربا وقتلا وفعل الصبي والمجنون لا يكون زنا ولا يكون
موصوفا بالحرمة وان كانا ممنوعين عن ذلك كيلا يتحققا
بذلك لان الحرمة انما تثبت بالنهي ولا نهى في حقهما تثبت
في حق المرأة شبهة الاباحة وان كان حراما والحد يدرك بالشهاد
وان كان الرجل بالغاً عاقلا ففعله يكون زنا والمرأة وان كانت
مجنونة او صبية يكون من زنا بها لوقوع فعل الزنا عليها وان
لم تكن معاقبة بعد ان يكون المحل صالحا لوقوع فعل الزنا
فيه **قوله** وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة
قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لاختلاف حجة وبرهان
فلسلطان كان في زمنه له قوة وغلبة بحيث لا يتجاسر احد على
اكراه غيره وفي زمانها ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيتحقق
الاكراه من غير السلطان فانتهى كل منهم بما عاين وفي زماننا
ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيقتى بقولهما **قوله** وعليه
المهر في ذلك * فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا
اقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب
لها المهر بزعمها انها زانية ولا عقربها * قلنا اذا سقط الحد
بدعوى النكاح من الرجل وجب العقر وبطل زعمها لان
المهر حق الله تعالى في ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر في المفوضة
فاذا توهم النكاح وسقط الحد وجب العقر تعظيما لخطر المحل

قوله لانه ضمان دم وهذا لان ضمان الدم انما يجب من حيث انه آدمى لامن حيث انه مال فلا يكون سببا لذلك ولان القيمة المانحة بعد تقرر الجنابة بعد الموت وبعد الموت لم يبق الميت قابلا للثبوت ولو كان بوجه فانما يوجب في العين لا في منافع البضع لانها استوفيت والمالك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة بخلاف ما اذا ذهب عينها بالزنا حيث تجب عليها قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك ثبت في الجنابة والعيان وهو عين فاورث شبهة دارفة للحد اذا العين باقية فامكن ابقاء المنافع معها بخلاف ما اذا هلكت فان الملك في الجارية المقتولة ضروري ليس بغير الضمان ضمان معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقق سبب الضمان فلا يظهر في المنافع المستوفاة لان في الجارية المقتولة بالزنا وجد الموجب للملك في الجارية وهو الضمان لا يوجد الملك فيها حقيقة لعدم تصوره فلم يثبت في الجارية المقتولة بذلك الاشبهة الملك وعند حقيقة الملك في الجارية العينية يثبت في المنافع المستوفاة منها شبهة الملك بعد شبهة الملك في نفس الجارية المقتولة تنزل الشبهة في المنفعة الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها **قوله** ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد لان فائدة الزجر والزرع باقاة الغير لا بفصل نفسه ولان اقامته بطريق الخزي والنكاح لا يفعل احد ذلك بنفسه او يقول ان الشرع ما جعل من عليه تابعاءه فانعم المستوفى فقلنا بانه لا يجب **قوله** والقصاص والاموال بها اي من حقوق العباد فهذا يعلم ان اشتراط قضاء القاضي في القصاص لتكمين الولي من استيفائه لانه شرط لا يجوز بدونه *

كتاب الحدود باب الوطع (١٨٨) الذي يوجب الحد
 لانه ضمان دم ولو كان بوجه فانما يوجب في العين كما في هبة المسرقة لا في منافع البضع لانها استوفيت والمالك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجنابة العينية وهي عين فاورث شبهة قال (وكل شئ صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال) لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليد لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفى في الحق اما بتكليفه او بالاستعانة بمنعه المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف والمقلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قوله لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام هذا من صورة المسئلة لامن حكما اي شهدوا بعد متقدم ولم يكونوا بعدوا عن الامام حتى لو كانوا بعدوا عن الامام فمنعهم عن اداء الشهادة بعدهم تشهدوا يقولون تقدم الزمان * وانما اعاد نطق الجامع الصغير في الكتاب لزيادة ايضاح في لفظه وهي تعدد ما يوجب الحد صر بها بالسرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة * ثم ذكر في البسوط لم احد بشهادتهم المشهود عليه ولا احدهم ايضا حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قديما **قوله** خلافا للشافعي هو يعتبر الشهادة في الحدود بالاقرار وان التقادم لا يمنع فيه وزفر فيه يعتبر الاقرار بالشهادة في ان التقادم يمنع من قولها * وفي البسوط وان اقر بزنا قديم اربع مرات اقيم عليه الحد عندنا وقال زفر لا يقام اعتبار الحجية الاقرار بحجة البيعة فان الشهود كما نذبوا الى الستر فالمرتكب للفاحشة ايضا مندوب الى الستر على نفسه قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستمر بستر الله تعالى واكتنا نستدل باخر الحديث حيث قال ومن ابدي لنا صفحتة اقمنا عليه حد الله تعالى وهذا قد ابدي صفحتة باقراره وان كان قد تقدم العهد والمعنى ما ذكر في الكتاب **قوله** ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين اي بين اجرين مطلوبين لا يقال احتسبت بكذا اجرا عند الله والاسم الحسبة بالكسر وهي الاجر والجمع الحسب كذا في الصحاح **قوله** في الصحاح **قوله** بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد * هذا جواب اشكال يرد على قوله في حد القذف لان الدعوى فيه شرط فيجمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيرهم وهو ان يقال الشهادة المتقدمة على السرقة تبطل ولاصح لها بالدعوى فقال الدعوى لا تشترط للحد لانه خالص حق الشرع وانما شرطت للمال فكان الاشتراط فيما يرجع الى المال لانها يرجع الى الحد ولهذا لو شهد شاهد ان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتها ويحبس السارق الى ان يجيء بالسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال ان يكون المسروق ملكه فيتوقف على حضور المالك فاذا لم يشهدوا في الحال صاروا متهمين وفي حد القذف لا تقبل في حق الحيس لان فيه حق العبد وفي حقوق العباد لا تقبل في حق الحيس كما في القصاص ولان الشهادة بسرقة متقدمة تبطل لبطلان الدعوى بخير بين ان يحتسب بدعواه اقامة الحد فينزل ماله في ذلك لتقام الحد ويبطل عصمة ماله وبين ان يختار الستر فيدعى مطلق الاخصصية لانه فاذا اخر حمله على انه اختار حسبة الستر فاذا ادعى السرقة تمكنك التهمة في دعواه الا ان التهمة تعتبر في القطع لافي المال فيقضى بالمال لا بالقطع كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(وإذا شهد الشهود بعد متقدم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة) وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او شرب خمر او زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل فيه ان الحدود الخاصة حق الله تعالى تبطل بالتقدم خلافا للمشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد والاقرار الذي هو احدى الحجتين * ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين من اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدم على الاداء بعد ذلك لضيقه او لهداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر بصير فاسقا آثما فتبقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادى نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة فالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيها مانعا وحد القذف فيه حق العبد لها فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقدم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيجمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيرهم بخلاف السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على مامر وانما شرطت للمال

(ولان) لا يقطع لاحتمال ان يكون المسروق ملكه فيتوقف على حضور المالك فاذا لم يشهدوا في الحال صاروا متهمين وفي حد القذف لا تقبل في حق الحيس لان فيه حق العبد وفي حقوق العباد لا تقبل في حق الحيس كما في القصاص ولان الشهادة بسرقة متقدمة تبطل لبطلان الدعوى بخير بين ان يحتسب بدعواه اقامة الحد فينزل ماله في ذلك لتقام الحد ويبطل عصمة ماله وبين ان يختار الستر فيدعى مطلق الاخصصية لانه فاذا اخر حمله على انه اختار حسبة الستر فاذا ادعى السرقة تمكنك التهمة في دعواه الا ان التهمة تعتبر في القطع لافي المال فيقضى بالمال لا بالقطع كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة

قوله ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد يعنى اعتبر بالتقادم تهمة فيما هو حق خالص
تعالى وحكمة الشيء تراعى في جنسه ولا تراعى في كل فرد من افراد الجنس كما قلنا في السفر والاستبراء وشرعية النكاح اذ الفرد ملحق
بالجملة وفي الجملة التأخير في حقوق الله تعالى مورث للتهمة وان كان في هذا الفرد غير مورث لاجل الدعوى لكن لما كان القطع عن حقوق
الله تعالى يكون التأخير مانعا من القبول الحاقا للفرد بالجملة قوله لان الامضاء من القضاء في باب الحدود لان القضاء اما ان يكون
لاعلام من الحق بحقه او لتمكينه من الاستيفاء وذلك لا يتصور
في حقوق الله تعالى وكان المعترف في حقوق الله تعالى هو النيابة
في الاستيفاء وانما يتم ذلك بحقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل
الاستيفاء كالتقادم قبل القضاء والتقادم قبل القضاء مانع فكذا
قبل الاستيفاء * وذكر في الفوائد الظهيرية والفقه فيه ان
المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له انه حقيق
بالمشهود واقفاره على استيفاء ما ادعاه وفي الحدود لا سبيل
الى كل واحد منهما اما الاعلام فلان المشهود له في باب الحدود
هو الله تعالى قال واقيموا الشهادة لله والله لا يخفى عليه خافية
ونائبه القاضي وانه يستفيد العلم بالشهادة فلا تمس الحاجة
الى التلفظ بلفظ القضاء وكذلك الاقتران على الاستيفاء فان
القاضي بدون تلفظ به قادر على الاستيفاء * قوله وابو حنيفة
لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأى القاضي في كل عصر لان نصب
المقادير بالرأى لا يمكن وعن محمد انه قدره بالشهر * وهكذا
روى عن ابى يوسف فقال احسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا
لان الشهر وما فوقه اجل وما دونه عاجل اصله مسئلة البمين اذا
حلف ليقضين دين فلان عاجلا قضاء فيما دون الشهر بر
في يمينه قسوله ولا معتبر بالموهوم لان الثابت عند الغيبة
احتمال الدعوى وبحقيقة الدعوى تثبت لان دعواها تحتمل
الصدق والكذب والاحتمال تثبت الشبهة وهى غير معتبرة
اذ اعتبارها يؤدى الى سد باب الحد وهو مفتوح فما يؤدى
الى انسداده يكن مردودا ولان اعتبار الشبهة بالحديث بخلاف
القياس ولا حديث في شبهة الشبهة * فان قيل العفو اذا كان
بين شريكين واحدهما غائب لا يتمكن الحاضر من استيفائه
لا احتمال العفو من الغائب قلنا العفو حقيقة المسقط فاحتماله
يكون شبهة المسقط لاشبهة الشبهة قسوله لانه لا يخفى عليه
امته او امرأته * فان قيل قد تشبه عليه امرأته بان
لم تزف اليه * قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا
لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا اشتبهت
شبهة كون الموطوءة زوجته وصار معنى قوله لم اعرفها اى
بوجهها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فجعل هذا كالمخصوص
عليه بدلالة حاله بخلاف الشاهد لانه جاز ان يشهد على الغير
عند الاشتباه كما جاز ان يشهد على الغير كاذبا فيتهم فيها فتبطل
الشهادة قوله اختلف المشهود عليه اى المشهود به * وبيان
اختلف المشهود به ان احد الفريقين اثبت فعل المكروه والفريق
الآخر اثبت فعل غير المكروه ولا شك بان فعل المكروه يغير
فعل غير المكروه او اثبت احد الفريقين كل الفعل من الرجل
لانه لا فعل للمكروه حقيقة اذ هي محل الفعل وكذا حكما لانه
لا اثم والفريق الآخر اثبت الشركة بينهما في الفعل ولا شك
بان الفعل المشترك غير ما تفرد به الرجل وهذا لان الزنا فعل
واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه
ضرورة وليس على احدهما نصاب الشهادة قسوله ولان
شاهدى الطواعية صار اقادفين لها بالزنا فكانا خصمين في
اثبات ذلك الزنا لدفع جنابة القذف عن انفسهما ولا شهادة

كتاب الحدود باب الشهادة (١٨٩) على الزنا والرجوع عنها

ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر
وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستمرار
على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان
يصير فاسقا آثما * ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة
في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافا 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 * واختلفوا في حد التقادم * وأشار في الجامع الصغير
الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوى
وابو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأى القاضي في كل
عصر * وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو
رواية عن ابى حنيفة وابى يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم
يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم
لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة * والتقادم في
حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة
على ما يأتى 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 تنعدم
الدعوى وهى شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم
دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم (وان شهدوا انسه 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 طواعيته درى الحد عنهما جميعا عند ابى حنيفة)
وهو قول زفر (وقالا يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على
الموجب وتفرد احدهما بزيادة جنابة وهو الاكراه بخلاف جانبها
لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهم *
وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان
شاهدى الطواعية صار اقادفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة
شاهدى الاكراه لان زناها مكروه يسقط احصانها فصارا خصمين

للخصم وانما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكروه يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم اقام شاهدين انها زنت
وهى مكروه سقط الحد عن القاذف لسقوط احصانها بهذه الشهادة واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة
على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ولا يحد الشهود للقذف لقيام اربعة شهداء على مسمى الزنا ففات شرطه

في ذلك (وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة
 وآخر ان انه زنى بها بالبصرة درى الحد عنهما جميعا)
 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 يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة *
 وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء
 الفعل في زاوية والانتها في زاوية اخرى بالاضطراب
 اولان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في
 المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده
 (وان شهدا اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس
 واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير همد درى
 الحد عنهم جميعا) اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين
 من غير عين واما عن الشهود فلا احتمال صدق كل فريق
 (وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درى الحد
 عنهما وعنهم) لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكرة * ومعنى
 المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهدت
 حجة في اسقاط الحد وليس حجة في ايجابه فلماذا سقط الحد
 عنهما ولا يجب عليهم (وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم
 عميان او محدودون في قذف او حدهم 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 فاسق او ظهر انهم فاسق
 لم يحدوا) لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في
 ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق
 ينفذ عندنا فنثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في
 الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلماذا امتنع الحدان
 وسيأتى فيه خلاف الشافعي 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 ثلثة
 (وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته
 على بيت المال) وهذا عند ابي حنيفة وقال ارش الضرب
 ايضا على بيت المال قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا
 كان جرمه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب

قوله في ذلك اي في اقامة الشهادة على اثبات الزنا بطريق الاكراه
 قوله نظرا الى اتحاد الصورة اي صورة نسبة الزنا والمرأة اي واتحاد
 المرأة لان الكلام فيه فكانوا مثبتين زنا واحدا من هذا الوجه
 وهم اربعة وهي نصاب شهود الزنا فكان كلامهم شهادة من هذا
 الوجه ولم يكن قذفا فلا يحدون حد القذف قوله معناه
 ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية اي في غير الزاوية التي
 شهد بها الاثنان الاخران قوله له وجه الاستحسان ان التوفيق
 ممكن * ولا يقال بان هذا احتمال لوجوب الحد * لانا نقول
 هذا احتمال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما يمكن
 واذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد هذا اذا كان
 البيت صغيرا فاما اذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصر بين
 ولان التوفيق في باب الحدود مشروع الا ترى انه لو شهد
 اربعة على رجل انه زنى بفلانة فهذه الشهادة مقبولة وتحمل
 شهادة كل واحد منهم بزنا يشهد به صاحبه وان لم ينصوا في شهادتهم
 على هذا الاتحاد مع ان احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا
 اربع مرات وشهد كل واحد منهم على زناه بزنا على حدة وفي ذلك
 لا يجب الحد على المشهود به * فان قيل الاختلاف في تلك المسئلة
 مسكوت عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فبجواز
 التوفيق هناك لا يلزم جوازه ههنا * قلنا التوفيق مشروع فيما
 كان الاختلاف منصوصا عليه ايضا الا ترى انه لو شهد الاثنان
 انه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان انه زنى بامرأة سمراء تقبل
 الشهادة وكذلك اذ شهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب احمر
 وشهد اثنان انه زنى بها وعليها ثوب اصفر وكذلك اذا اختلفوا
 في القصر والطول والسمن والهزال * فان قيل التوفيق ممكن
 في مسئلة الاكراه والطواعية بان يكون ابتداء الفعل عن اكراه
 وانتهاؤه عن طواعية فلم يحمل على هذا احتيالا لقبول الشهادة *
 قلنا الزنا حقيقة وحكما لا يتفاوت بين ان يكون في هذه الزاوية
 من البيت او في تلك الزاوية فيصير الى التوفيق لاتحاد المشهود
 به حقيقة وحكما اما المشهود به في مسئلة الاكراه فيختلف حقيقة
 وحكما على ما مر فلا يصار الى التوفيق قوله بالنخيلة
 عند طلوع الشمس النخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة
 النخل موضع قريب من الكوفة فالباء والجيم تصحيف يعنى
 بجيلة لانها اسم حى من اليمين * ودير همد لا يساعد عليه
 لان دير همد ايضا موضع قريب من الكوفة واما ضم الباء فتحريق
 اصلا كذا في المغرب قوله واربعة انه زنى بها عند طلوع
 الشمس بدير همد اي في يوم واحد قوله درى الحد عنهم
 اي عن المشهود عليهما وعنهم اي عن الشهود قوله والعبد
 ليس باهل للتحمل والاداء اي ليس باهل لتحمل يتعلق به
 حكم ولهذا لا ينعقد النكاح بحضرة عبيد انما لتحمل العبد
 الشهادة ثم عتق فادى تقبل شهادته قوله لان الزنا يثبت
 بالاداء اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبد
 والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولانا قضا فانقلبت
 شهادتهم قذفا لانهم نسبوا الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى
 الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة * وذكر الامام قاضي خان
 والكلام يبتنى على معرفة الشهود فنقول الشهود ثلثة شاعده
 اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد اهلية
 الاداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد
 له اهلية التحميل وليس له اهلية الاداء كالا عمى والمحدود في القذف

قوله وعندهما يضمنون أي ارش الجراحة ان لم يثبت والدية ان مات قوله فيضمنون بالرجوع لانه ظهر كذبهم في شهادتهم فاما اذا وجدوا
والعندهم عبدا او كافرا او محبدا في قذف فلا يمكن ايجاب الضمان على الشاهد لانه لم يبين كذبه لان العبد والكافر والمحبود في القذف قد
يكونون عدولا في قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم
يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت بشهادتهم
والشهادة انما تثبت بقضاء القاضي الا انه لا يمكن ايجاب الضمان
على القاضي ايضا لانه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به على
من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة لان الحدود شرعت
من واقع لمتزجر العوالم عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فان
كانت المنفعة تعود اليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال
مال العامة * ولا يحنيفة ان الجرح ليس من موجبات الشهادة
لان الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المأمور
به لا الجرح ولا القتل لكن الجرح انما انقضت اليه الشهادة وما انقضت
اليه الشهادة لا ضمان فيه كما اذا شهدوا بنسب نجات المشهود عليه
فورثه المشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ورث لان الارث ليس
من موجبات الشهادة فيكون الجرح والموت مقصورا على الضارب
لا يتعدى الى الشاهد ومع ذلك لا يضمن الضارب في الصحيح
كيلا تتعطل اقامة الحد بخلاف الرجم والقصاص لانه يضاف
الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب
على بيت المال لما ذكرنا انه لم يظهر كذبهم في الشهادة
قوله وصار كالرجم والقصاص فانه لو شهد الشهود فرجم
او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية واما اذا ظهر احدهم عبدا
ففي القصاص والرجم تجب الدية في بيت المال قوله
الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح * ذكر في مبسوط
نقض الاسلام فلو قال قائل يجب الضمان على الجلاذ فله وجه
لانه ليس بمأمور بهذا الوجه لانه امر بضر مؤلم لا جارح
ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد
وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان قوله لما فيها من
زيادة الشبهة لتكفيها في موضعين في تعميل الاصول وفي فعل
الفروع والكلام اذا تداولته الالسنه يمكن فيها زيادة
وتقصان قوله ولا ضرورة الى تحملها لانه يمكن ان يحضر
الاصول فيشهدوا قوله اذ هم قائلون مقامهم اي الفروع
قائلون مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة
الاصول وذلك لان في الموضوع الذي تقبل شهادة الفروع تقبل
شهادة الاصول ايضا في الموضوع الذي يرد يتعدى رده الى
شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وكل شهادة ردت في حادثة
لا تقبل في تلك الحادثة ابدا كالفاسق اذا ردت شهادته لفسقه
لا تقبل شهادته في تلك الحادثة بعد التوبة بخلاف العبد اذا
ردت شهادته ثم عتق تقبل شهادته في تلك الحادثة لانه ليس
للعبد شهادة بل له خبر ورد الخبر لا يوجب رد الشهادة فاما
الفاسق فله شهادة بدليل انه بعد الرجم لو ظهر الشهود
فسقة لا ضمان على احد ولو ظهر انهم عبيد او كافر تجب
الدية على بيت المال * فان قيل القاضي اذا رد شهادة الفروع
في المال بفسقهم ثم قدم الاصول وشهدوا تقبل شهادتهم قلنا
القاضي انما رد شهادة الفروع في المال بفسقهم حقيقة لانهم
الذين شهدوا الا انه يمكن شبهة الرد في شهادة الاصول لتعليم
شهادة الفروع فصار الثابت في حق الاصول شبهة الرد والشبهة
تمنع القضاء بالحدود دون المال وذكر الامام الترمذي
ولورد الفروع في المال لتهمته تقبل شهادة الاصول لانه ما رد
شهادتهم حقيقة ولوردوا لتهمته الاولين لم تقبل ابدا من الاولين
ولا من الفروع ولوردوا لرق الاولين اول كفرهم ثم اعتقوا
او اسلموا فشهدوا بذلك جاز قوله لانه ان كان قاذف حي
فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث قوله ولنا ان
فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث قوله ولنا ان

وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون *
لما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذا الاحتراز عن الجرح
فارجح عن الوسع فينتظم الجرح وغيره فيضاف الى شهادتهم
فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع تجب على بيت المال لانه
ينتقل فعل الجلاذ الى القاضي هو عامل وللمسلمين فتجب الغرامة في
ما لهم وصار كالرجم والقصاص * ولا يحنيفة ان الواجب
هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا
ظاهرا الا معنى في الضارب وهو فله 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 قدردت من وجه برد شهادة
الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائلون مقامهم بالامر
والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد
عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لاجابه
(واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع
واحد حد الرابع وحده وغرم ربع الدية) اما الغرامة فلانه
بقي من يبنى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة
الرابع ربع الحق * وقال الشافعي يجب القتل دون المال
بناء على اصله في شهود القصاص وسببينه في الديات انشاء
الله تعالى * واما الحد فمنهذه علمائنا الثلثة * وقال زفر لا يحد
لانه ان كان الرابع 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 تنفسخ شهادته فجعل
للمال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبنى عليه
وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه
غيره لانه غير محسن 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 حد الرابع
خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق

قذفا والمقتوف في الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد * فان قيل هو في الحال مر جوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يعد فسكيف بعد هذا الرابع
قلنا هو مر جوم بحكم الحاكم بشهادتهم وهو يزعم بالرجوع ان شهادتهم ليست بحجة فانفسخ الحكم في حقه لان زعمه معتبر في حقه فلا يصلح شبهة بطلان
قاذف آخر لان المر جوم غير محسن في حق غير الرابع لبقاء
القضاء والشهادة في حقه اذ الرجوع عامل في حقه لا في حق غيره *
فان قيل اكثر ما فيه انه مقر بانه كان عفيفا ولو قذفه انسان
ثم كذب نفسه وقال كان عفيفا لا يقيم عليه الحد ايضا قلنا نعم
القاذف وان اكدت نفسه فالحجة المسقطه للاحصان بقيت
كاملة فاما اذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطه
للاحصان كاملة في حقه فلهذا يقام عليه الحد قوله ولهما
ان الامضاء من القضاء وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسألة
التقادم * وذكر الامام التمر تاشي ولهما ان القضاء في الحدود
هو الامضاء فان القاضي لا يحتاج الى ان يقول قضيت بالرجم
او بالجلد حتى ان اسباب الجرح او سقوط احصان المقتوف
او عزل القاضي او اعترضت يمنع الامضاء فصار الرجوع
قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء قوله فان كانوا خمسة
عطى على قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم قوله
اما الحد فلما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب
قذفا بالرجوع * فان قيل اما الاول حين رجع لم يجب عليه
الحد ولا ضمان فلولزمه ذلك انما يلزمه بر جوع الثاني ورجوع
غيره لا يكون ملزما اياه شيئا قلنا لم يجب للانعدام السبب
بل لمانع وهو بقاء حجة تامة فاذا زال المانع بر جوع الثاني
وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر في حقه لا بزوال المانع
قوله وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بعالمهم
وليس المراد بقوله وقيل اشارة الى القولين لكن المراد به
بيان محل الخلاف قوله فكانت التزكية في معنى علة العلة
وهذا لان التلغى حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لانهم الزموا
القاضي القضاء والشهادة انما تعمل بالعدالة وهي تثبت بالتزكية
فكانت التزكية كعلة العلة للتلغى وهي كالعلة في اضافة الحكم
اليها كما في الرمي وسوق الدابة وهنا تعتبر ايجاب الضمان
على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ليضاف الحكم اليها
ولان العبد قد يكون عدلا والمجوس قد يكونون صدقة
ولم يعرف منهم الكذب فيضاف الى التزكية بخلاف شهود
الاحصان لانه عبارة عن الحاصل الحميدة وهي لا تصلح سببا
للعقوبة ولا علة الا ترى ان الشهادة على الزنا بدون الاحصان
توجب العقوبة فشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا
اما الشهادة بدون التزكية لا توجب شيئا وسبب الاتلاف
الشهادة وانما صارت حجة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة
* وقوله الاحصان محض الشرط لعله اراد به العلامة لما عرف
في اصول الفقه ان الاحصان علامة لان الشرط ما يوجد
العلة بصورتها ويتوقف انعقادها على وجوده كدخول
الدار في تعليق الطلاق والعتاق به ولا يتوقف الزنا في انعقاده
علة لوجوب الرجوع على الاحصان بعد ذلك فلا يكون شرطا
ولكن الاحصان عبارة عن حالة في الزاني يصير الزنا في تلك
الحالة موجبا للرجم والحكم غير مضاف الى الحال ثبوتا به
ولا وجود اعنده فتكون علامة محضة لوجوب الرجوع عند وجود
الزنا قوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت
القتل فاوثر شبهة فان صورة القضاء تكفي لا يرث شبهة لانه
لو كان حقا كان مبيعا للدم فصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد
يجعل شبهة في اسقاط الحد ولهذا لا يوجب القصاص على الولي
اذا جاء المشهود بقتله حيا قوله على دليل مبيع وهو قضاء
القاضي قوله لانه وجب بنفس القتل الاصل ان كل دية وجبت بنفس القتل ابتداء لا لعنى يحدث من بعد يجب في ثلث سنين بقضية
عمررضى الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية في ماله في ثلث سنين بخلاف بدل الصلح عن القصاص فانه يجب جالا لانه ما وجب بنفس القتل

كتاب الحدود باب الشهادة (١٩٢) على الزنا والرجوع عنها

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 يحد الراجع خاصة لانه لا
يصدق على غيره * ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما
يصير شهادة بانصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا فيجحدون
(فان كانوا خمسة فرجع احدهم لا شئ عليهم) لانه بقي
من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو شهادة الرابع (فان رجع
الآخر حدا وغرما ربع الدية) اما الحد فلما ذكرنا * واما الفرامة
فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي
لا رجوع من رجع على ما عرف (فان شهد اربعة على رجل
بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية
على المزكين عند ابي حنيفة) معناه اذا رجعوا عن التزكية
(وقالا هو على بيت المال) * وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا
التزكية مع علمنا بحالهم * ولهما انهم اثنوا على الشهود خيرا
فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه *
وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية
في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان
لانه محض الشرط * ولا فرق بينهما اذا شهدوا بلفظ الشهادة
او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا
هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون
عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا
يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يرث عنه
(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 فاوثر شبهة بخلاف ما اذا قتل قبل القضاء لان الشهادة
لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل
مبيع فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية
في ماله لانه عمد والعوافل لا تعقل العمد وتجب ذلك في ثلث سنين
لانه وجب بنفس القتل (وان رجم ثم وجدوا عبيدا
فالدية على بيت المال) لانه امثل امر الامام فنقل فعله اليه

(ولو)
عمررضى الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية في ماله في ثلث سنين بقضية
عمررضى الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية في ماله في ثلث سنين بخلاف بدل الصلح عن القصاص فانه يجب جالا لانه ما وجب بنفس القتل

قوله ولو باشره بنفسه اى لو باشر الامام الرجم بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا وهو قوله قبل هذا بورق في هذا الباب لانه ينتقل فعل الجلاذ الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم **قوله** لانه لم يأت امره لانه امره بالرجم دون حر الرقية فلم ينتقل فعله اليه **قوله** وقالوا تعمدنا النظر اى الى موضع الزنا من الزانين **قوله** لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة لان تحمل الشهادة مأموره قال الله تعالى واقبموا الشهادة لله واقامتها لاتتحقق بدون النظر اليه عبدا اذ لا يصح التكليف مع الستر ولكن مع هذا الامر يجوز اختيار جانب الستر في الحدود فذلك قيل بالاباحة دون الوحوب * وفي الجامع الصغير لشمس الاثمة قال بعض العلماء لاتقبل شهادتهم لاقرامهم بالفسق على انفسهم بالنظر الى عورة الغير قصدا * ولكننا نقول النظر الى العورة عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لايسعهم ان يشهدوا **قوله** والاحصان يثبت بمثله اى بمثل هذا الدليل الذى فيه شبهة الا ترى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فكذلك هنا يثبت الدخول الذى هو من شروط الاحصان بالحكم بثبت النسب **قوله** فصار كما اذا شهد ذميان على ذمى زنى عبده المسلم يعنى ان الزانى لو كان مملوكا لدمى وذلك المملوك الزانى مسلم فشهد على الزانى ذميان ان مولاه الذمى كان اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمى بالعتق مقبولة ولكن لما كان المقصود هنا تسكيل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله **قوله** ولنا ان الاحصان عبارة من الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع العر كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة وهى ما عدا عن الزنا لما مر فاستحال ان يكون سببا لوجوب عقوبة لان سببها جنابة لاحالة وليس بشرط فضلا عن ان يكون فى معنى العلة لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود احصان ثبت بعد الزنا فانه لا يرجم وان صار محصنا بعد الزنا ولكنه اذا ثبت كان معرنا للحكم الزنا فاما ان يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاد عملة على احصان بعده فلا وما للمعرف حكم العلة بوجه فصار كما اذا شهدوا به فى غير هذه الحالة * **قوله** بخلاف ما ذكرنا زفر اى ليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق لانها لاتقوم على وجه يتضرر به المسلم او تقول العتق ام يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولنا بجواز شهادة الكافر على المسلم * وتحقيقه ان الخصوص هناك فى الشهود عليه فان شهادة النساء فى غير الحدود والقصاص تقبل فلما لم يكن المشهود به هنا سببا موجبا للعقوبة قبلت شهادتهن فيه **قوله** وهو فرع ماتقدم ان الاحصان شرط فى معنى العلة فشهود بمنزلة شهود العلة فيضمنون اذ رجعوا وعندنا فى معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عند الرجوع فكيف اذا كان الشرط يعنى العلامة * وهو فرع ماتقدم

باب حد الشرب

(ومن شرب الخمر فاخذوا وريحها موجودة او جاؤا به سكر ان فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة) لان جنابة الشرب قد ظهرت ولم يتقدم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه (فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابى يوسف وقال محمد يحد) وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند ابي حنيفة وابى يوسف * وقال محمد يحد فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق

باب حد الشرب

قوله او جاؤا به سكر ان شهد الشهود عليه بذلك اى بالسكر من الخمر او غيرها من الاشربة المحرمة **قوله** وكذلك

اذا شهدوا عليه بعد ما ذهبت رائحتها عند ابي حنيفة وابى يوسف اى لا يجد ايضا اذ عندهما يشترط الرائحة فى الشهادة والاقرار غير ان الرائحة تشتت عند تحمل الشهادة حتى لو كان موجودا عند الاخذ واقطع قيل ان يشهدوا به الى الامام حد فى قولهم جميعا لان هذا غير كبع المسافة فى حد الزنا والشاهد لا يتهم فى مثله

قوله غير انه مقدر بالزمان عنده وهو الشهر قوله والرائحة قد تنكحون من غيره فان من استنكح اكل السفرجل توجد منه رائحة الخمر
كما قيل (يقولون لي انك شربت مدامة * فقلت لهم لا بل اكلت السفرجل) وقيل (سفرجلة تحكى ثدى النواهد * بها عرف ذى نسق وصفر زاهد)
يقال استنكحت الشارب ونكهته تشمت نكهته اي ربح فيه ونكهة
الشارب في وجهي ايضا اذا تنفس تعدى ولا يتعدى وهو من باب منع
قوله وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود
رضي الله عنه وهو انه جاء رجل يقال له هزال بابن اخ له الى
ابن مسعود رضي الله عنه وقال انه شرب الخمر واقربه ابن اخيه
فقال له ابن مسعود رضي الله عنه بشئ والي اليتيم انت لا ادبته
صغيرا ولا استرت عليه كبيرا ثم قال خذوه وتلتوه ومز مزوه
ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه * فان قيل
هذا استدلال بنفي الحكم عند عدم الشرط والتعليق بالشرط
لا يوجب العدم عند العدم على اصلنا * قلنا لا بل هذا استدلال
بعدم الاجماع لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله
عنهم ولا اجماع الابريء ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط
قيام الرائحة فعند عدمها لا اجماع فلا يحد * فان قيل ان لم
يوجد الاجماع فقد وجد النص وهو قوله عليه السلام من
شرب الخمر فاجلدوه بلا قيد اشتراط الرائحة * قلنا خص منه
الشرب اضطرارا واكراما فتمكنت فيه الشهية فلا يصح ايجاب
الحد قوله ومن سكر من النبيذ اي النبيذ الذي غلا واشتد
فاسم النبيذ يقع على نبيذ التمر والزبيب فما دام حلوا يحل
شربه واذا غلا واشتد وقنف بالزبد يحرم واذا طبخ ادنى
طبخة يحل شربه مادام حلوا واذا غلا واشتد وقنف بالزبد
على قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف الآخر يحل شربه ما
دون السكر وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل قوله
لان الرائحة محتملة * فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر
قبلا ان التمييز بين الروايح ممكن للمستدل قلنا التمييز ممكن
لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه او نقول الاحتمال
في نفس الروايح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه
الاستقصاء قوله لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج *
وفي اجماع الصغير للامام المحبوب وعن ابي حنيفة من زال عقله
بالبنج ان علم انه بنج حين اكل يقع طلاقه وعتاقه وان لم
يعلم لا يقع قوله وحد الخمر والسكر اي من غير الخمر
فان وجوب الحد في الخمر غير موقوف الى وجود السكر بل
يجب الحد بشرب قطرة منها كذا ذكره الامام الترمذى
قوله لاجماع الصحابة رضي الله عنهم روى ان الصحابة
تشاوروا في حد الخمر فقال كل واحد منهم ما بداله فقال على
رضي الله عنه اذا سكر هنى واذا هنى افتري وحد المفتريين
في كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوا وانفقوا على ذلك
فصار ذلك اجماعا * فان قيل استدلال على رضي الله عنه يتأتى
في حد السكر اما في الخمر كيف يستدل به والحد لم يتعلق
بالسكر منه * قلنا في الخمر يدعو قليله الى كثيره فكان سببا
للسكر غالبا * وقيل ما من طعام وشراب الا ولدته في الابتداء
تزيد على لذته في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد
بالاكثر منها ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا اصاب منها
شيئا قوله لانه لم يرد به نص اي نص قاطع قوله انا اظهرنا التخفيف مرة اي من حيث العدد لم نجعله مائة كما في حد الزنا
ان الاطلاق به اولى لان دليل كل واحد منهما قطعي فلا يعتبر ثانيا اي فلا يخفف ثانيا من حيث الصفة بترك التجريد بل يجرى

غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا
وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان والرائحة قد تكون
من غيره كما قيل

(يقولون لي انك شربت مدامة * فقلت لهم لا بل اكلت السفرجل)
وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله
عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر
من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان
عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروايح ممكن للمستدل
وانما تشبهه على الجهال * واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند
محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد
الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة
رضي الله عنهم ولا اجماع الا بريء ابن مسعود رضي الله عنه
وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا (فان اخذه الشهود
وريجها تو جدمنه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر
فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا)
لان هذا عند كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يثبت به
في مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لما روى ان عمر رضي
الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنين الكلام
في حد السكر ومقدار حد المستحق عليه ان شاء الله تعالى
(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقياءها)
لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكرامه او اضطرار
(فلا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه
طوعا) لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن
الرماء وكذا شرب المكره لا يوجب الحد (ولا يحد حتى
يزول عنه السكر) تحصيلا لمقصود الانزجار (وحد الخمر
والسكر في الحر ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضي الله
تعالى عنهم (يفرق على بدنه كما في حد الزنا) على ما مر *
ثم يجرى في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرى
اظهارا للتخفيف * لانه لم يرد به نص * ووجه المشهور
انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وان كان عبدا
فحداه اربعون) لان الرق منصف على ما عرف

(وروى)

انا اظهرنا التخفيف مرة اي من حيث العدد لم نجعله مائة كما في حد الزنا
ان الاطلاق به اولى لان دليل كل واحد منهما قطعي فلا يعتبر ثانيا من حيث الصفة بترك التجريد بل يجرى

قوله ومن اقر بشرب الخمر او السكر في النهاية بفتحيتين عصير الرطب اذا اشتد هو في الاصل مصدر سكر من الشراب سكرًا وسكرًا * وفي المستصفي في قوله ومن اقر بشرب الخمر او السكر بفتحيتين هو السماع وهو عصير الرطب اذا اشتد ولم يرد به هذا الخاص بل المراد به سائر السكرات التي توجب الحد سوى الخمر * وانباخصه لانه الغالب في بلادهم وجزان يرد به السكر وعلى التقديرين لا بد من الاضمار فان بمجرد الاقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يقل انه سكر من الاشربة المحرمة وكذا بمجرد الاقرار بشرب السكر لا يجب الحد ما لم يوجده السكر قسوله لان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا جليين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى ان تضل احديهما فلتذكر احديهما الاخرى * وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضوع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه ضرورة البدلية من حيث النظم قسوله والسكران الذي يعد اي السكران الذي سكر بشرب غير الخمر من الاشربة المحرمة فان في شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحد على وجود السكر * ثم قوله والسكران الذي يعد الى قوله قال رضي الله عنه انما خص المصنف بان هذا قول ابي حنيفة لان الذي ذكره من قوله والسكران الذي يعد الى هذا لفظ الجامع الصغير من غير ذكر الخلاف فبين المصنف بهذا ان هذا قول ابي حنيفة لا قول الكل * وذكر في الفوائد الظهيرية قال ابو حنيفة السكران هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجال من النساء ولا الارض من السماء والفرو من القباء * وعندهما ان يهنى ويختلط كلامه ويتمايل في مشيته وعن ابن الوليد سألت ابا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت كيف عينت هذه السورة وربما اخطا فيه الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها * وحكى ان ائمة بلغ اتفقوا على استقراء هذه السورة * ثم ان بعض الشرط اتى بسكران امير البلخ فامر الامير ان يقرأ هذه السورة فقال له السكران اقرأ انت سورة الفاتحة أولا فلما قال الامير الحمد لله فقال له السكران قى قد اخطأت من وجهين احدهما انك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة والثاني انك تركت التسمية وهي آية من اول الفاتحة عند بعض الائمة والقراء فاجعل الامير وجعل يضرب الشرطي ويقول امرتك ان تأتيني بسكران فاتيتني بقرى بلخ قسوله وقال هو الذي يهنى ويختلط كلامه اي يكون غالب كلامه الهذيان قسوله وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو يعنى انه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية السكر وفي نقصان شبهة العدم والحدود تندريء بالشبهات قسوله والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قاله بالاجماع وهو قوله هو الذي يهنى ويختلط كلامه اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم منه الهذيان واختلاط الكلام يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الاذنى في حد السكر كان ممتنعا من الاعلى فيه وهو ما قاله ابو حنيفة في حد قسوله وهذا مما يتفاوت اي ظهور الاثر في المشية مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلق او يعثر فيرى التمايل منه فلم ينهض ظهور الاثر دليلا على السكر قسوله ولا يعد السكران باقراره على نفسه اي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقه فاما في الحد الذي فيه حق العبد كحد القذف فانه يعد باقراره وان كان اقراره في حال سكره * وذكر الامام قاضي خان

كتاب الحدود (١٩٥) باب حد الشرب

(ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يعد) لانه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين بالاقرار مرة واحدة) وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنينها هناك ان شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لان فيها شبهة البدلية ونهية الضلال والنسيان (والسكران الذي يعد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (هذا عند ابي حنيفة * وقال هو الذي يهنى ويختلط كلامه) لانه هو السكران في العرف * واليه مال اكثر المشايخ * وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاصها درأ للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التميز بين شئ وشئ وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قاله بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره (ولا يعد السكران باقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتمل لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته (ولو ارتد السكران لاتبين منه امراته) لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

ويؤخذ باقراره فيما سوى الحدود الخالصة لله تعالى من الحقوق والحدود الواجبة للعباد كحد القذف عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هنى واذا هنى اترى وحد المفترين ثمانون سوطا فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره * وذكر في النخبة وهذا في الاقرار واما اذا زنى او سرق حال سكره يعد به بخلاف الاقرار بهما في حال السكر حيث لا يعد لان الاقرار يحتمل الانشاء * وذكر الامام التبرتاشي ولا يعد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقه لانه اذا صاعور جمع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد قسوله كما في سائر تصرفاته من الاقرار بالمال والطلاق والعتاق قسوله ولو ارتد السكران لاتبين امراته منه هذا جواب الاستحسان * وفي القياس تبين امراته كذا في سير المبسوط قسوله لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر * فان قيل الاسلام ايضا من باب الاعتقاد فيصح اسلام الكافر حاله السكر * قلنا السكران مع سكره غير حال من نوع تميزه بدليل توجه الخطاب اليه وصحة وقوع طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته لما ان السكران يختلط عقله ولا يفقه ولها كان كذلك اعتبرنا ذلك القدر في صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلو ولا يعلى كما في ارتداد الكفر واسلامه حيث يصح اسلامه ولا يصح كفره *

باب حد القذف

(واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرامي بالزنا بالاجماع * وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا وتشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث رفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال (ويفرق على اعضائه) لما مر في حد الزنا (ولا يجرد من ثيابه) لان سببه غير مقطوع به فلا تقام عليه الشدة بخلاف حد الزنا (غير انه ينزع عنه الفرو والحشو) لان ذلك ينبع ايضا لانه لم يبعث به (وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا) لمكان الرق (والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغيا مسلما عفيفا عن فعل الزنا) اما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي 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 (ومن نفي نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفي عن الزاني لا عن غيره (ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابييه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد) لان عند الغضب يراد به الحقيقة سبأه وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروءة (ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد) لانه صادق في كلامه ولو نسبته الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا (ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن يحد حد القذف) لانه قذف محصنة بعد موتها (ولا يطالب بحد القذف للميت الامن يقع القذف في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد)

قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا ذكر الرجل ليس بقيد واحتترز بقوله بصريح الزنا عما اذا كان القذف بطريق الكناية بان قال رجلا محصنا يازاني فقال الآخر صدقت لم يعد المصدق * ولا يشكل على قوله رجلا محصنا او امرأة محصنة قذف الاخرس المحصن والخرساء المحصنة لاحتمال التصديق منهما لو كانا ينطقان واحتمال ان يكون مطالبتهما تصديقا فلا يعد مع الشبهة قوله وطالب المقذوف * لا يقال مطالبة المقذوف ليس بشرط لانه يعد القاذف بمطالبة من يقع القذف في نسبه اذا كان المقذوف ميتا * لانا نقول لما قام مقامه اخذ حكمه فنسبت مطالبته اليه اولان من يقع القذف في نسبه مقذوف ايضا فتتحقق مطالبة المقذوف * فان قيل المغالب فيه حق الله تعالى فكان ينبغي ان لا تشترط مطالبة العبد كما لا يصح عقوبه * قلنا حق العبد وان كان مغلوبا فيه يصلح ان تشترط مطالبته احتيالا للدرء الحد قوله لما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلقين قوله لان سببه غير مقطوع به لانه يحتمل ان يكون القاذف صادقا في نسبه الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لان اثبات الزنا بالبينة على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلهاذا خفف ولم يقر على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد من ثيابه لان سببه معين بالبينة او بالاقرار قوله فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان * فان قيل قال الله تعالى فاذا احصن المراد منه الاماء * قلنا لا يريد بالمحصنات الحرائر فشرطنا الحرية احتيالا للدرء قوله ومن نفي نسب غيره وقال لست لابيك اي لست لاصلك الذي خلقت من ماءه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الهاء اذا حصل بالزنا * فان قيل جاز ان لا يكون ثابت النسب من ابيه ولا تكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة * قلنا وجوب الحد هنا بطريق الاستحسان لا بطريق القياس * وذكر في الميسر ولكننا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه لاحد الابني قذف محصنة او نفي رجل من ابيه ولانها اذا وطئت بالشبهة فولدتها يكون ثابت النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت هي زانية فعرفنا انه بهذا اللفظ قاذف لامه والى هذا المعنى اشار في الكتاب بقوله لان النسب انما ينفي عن الزاني لا من غيره فان غير الزاني عام جاز ان يكون زوج امه او من وطئ امه بشبهة في عدته فولدته امه كما ذكرنا فيثبت منهما النسب ولما نفي القاذف نسبه مطلقا علم ان مراد القاذف ليس غير الزاني بل مراده الزاني لان الزاني لا ينسب له اصلا ولكن هو غير معين فلا يعد بسببه ولكن يعد بسبب امه لانه لما كان الرجل الذي نفي عنه النسب زانيا كانت امه زانية لاحالة فيجب الحد بسببها اذا كانت محصنة * فان قيل هذا كناية في القذف فينبغي ان لا يحد * قلنا وجوب الحد بالاثار او بقول عدم وجوب الحد في الكناية لاستتار المراد اما اذا لم يكن مستترا فالكناية بمنزلة الصريح كما لو قال للقاذف هو كما قلت فانه يعد به وان لم يكن صريحا قوله ولو نسبه الى جده لا يحد لانه قد ينسب اليه مجازا قال الله تعالى كما اخرج ابويكم وكذا اذا نسبته الى خاله او عمه او زوج امه لا يحد لان كل واحد منهم يدعى ابا قال الله تعالى ورفع ابويه على العرش قالوا هي خالته وابويها وقال عليه السلام الخال اب وقال الله تعالى نعبد الهك واله آباؤك ابراهيم واسماعيل واسحق واسماعيل كان عماله قال الله تعالى ان ابني من اهلي وقيل انه كان ابن امرأته

لان العار يلحق به لكان الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى * وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين انشاء الله تعالى وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه * ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً للمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لرزق (واذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر والعبدان يطالب بالحد) خلافاً لرزق هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقة الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولاً له صورة ومعنى * ولنا انه غيره بقذف محصن فبأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذی ينسب الى الزنا شرط ليقع تغييراً على الكمال ثم يرجع هذا التغيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التغيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا (وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة وللابن ان يطالب اباة بقذف امه الحرة المسلمة) لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع (ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد) وقال الشافعي لا يبطل (ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي) عندنا خلافاً له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجراً ومنه سمي حداً والمقصود من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان * فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وعنى الشرع * ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعياً به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة عنه * وهذا هو الاصل المشهور الذي يخرج عليه الفروع المختلف فيها * منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده * ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل وعنده لا يجري * وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي *

قوله لان العار يلحق به لكان الجزئية * فان قيل يتبني ان يكون له ولاية المطالبة حاضراً كان المقذوف او غائباً حياً كان او ميتاً وكذا اذا مات بعد القذف * قلنا المقذوف يلحقه العار قصداً وهؤلاء ضمناً فلا تعتبر خصوصتهم ما دام المقذوف حياً لان ما ثبت في ضمن غيره لا يعطى له حكم نفسه واذا مات بطل البتضن فبطل ما في ضمنه بخلاف ما اذا قذف ميتاً محصناً فان الميت ليس باهل للحقوق العاربه فيعود الى من يقع القذف في نسبه بقذفه قصداً فتثبت له ولاية المطالبة قوله ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً للمحمد له انه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا اب الام * ولنا ان النسب يثبت من الجانبين وبصير الولد به كريمة الطرفين فكان القذف متناولاً له قوله ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لرزقه ان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كولد المقذوف مع بقاءه واعتبر هذا بطلب الكفاية فانه لا خصوصية فيه للابعد مع بقاء الاقرب * قلنا ان حق الخصوصية باعتبار حقوق العار ودام وجوده في حق ولد الولد والحق ليس بطريق الارث حتى يعتبر القرب بخلاف المقذوف فان حق الخصوصية باعتبار نيل القاذف من عرضه وذا لا يوجد في حق ولده ولان مساهلته توهم تصديقه لانه اعلم بما جرى عليه من ولده وبخلاف الكفاية لانه لا ولاية للابعد مع وجود الاقرب قوله ثم يرجع هذا التغيير الكامل الى ولده وهذه لان القذف يتناول الميت صورة ويتناوله معنى بالتعدي اليه والشيء اذا تعدي عن محل الى محل يتعدي على الوصف الذي كان ثابتاً في ذلك المحل فاذا كان المقذوف محصناً تعدي اليه بصفة الكمال وان كان المقذوف غير محصن لم يكن التعدي بصفة الكمال فاعتبر كمال الحال في حق من يتناوله القذف صريحا ليكون التعدي كاملاً في حق من يتناوله معنى قوله وكذا الاب بابنه ذكر حكم الوالد دون الوالدة والحكم لا يختلف فيهما * وذكر في قتل الكفاية لا يعد الاصول بقذف الفروع لانه لا يقتل لهم فلان لا يعد اولى قوله تشهد الاحكام فيما يدل على انه حق العبد انه لا يسقط بالتقادم ويقيم القاضى يعلم نفسه ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار ويقام على المستأمن في دار الاسلام وتشتت في الخصومة ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقه ولا يبطل مع الرجوع ومما يدل على انه حق الله تعالى انه لا يباح باباحة العبد ولا يعلق القاذف فيه ولا يتقلب مالا عند سقوطه ويتنصف بالرق

وقوله ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال (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 يانبطى لم يحد) لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لهما 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 (وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف) لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا * اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله آباءك ابراهيم واسماعيل واسحق واسماعيل كان عماله * والثاني لقوله عليه السلام الخال اب * والثالث للتربية (ومن قال لغيره زناة في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد) لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب

وارق الى الخيرات زناء في الجبل

وذكر الجبل يقرره مرادا * ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملمين كما يلمن المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يازاني اوفال زناة * وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمه على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زناة على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لآخر يازاني فقال لابل انت فانهما يحد ان) لان معناه لابل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول المذكورا في الثاني (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لابل انت حدث المرأة ولا لعان) لانها فاذفان وقذفه بوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداءة بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيجوز للدرء اذ اللعان في معنى الحد (ولو قالت زانيت بك فلا حد ولا لعان) ومعناه قالت بعد ما قال لها يازانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت

قوله ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد المراد به صدر الاسلام ابو اليسر قوله وخرج الاحكام اى اجاب عن الاحكام التى تدل على انه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبا * وذكر الامام صدر الاسلام في مسوطة ان الصحيح ان الغلب فيه حق العبد كما قال الشافعى لان عمدا نص في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقود واكثر الاحكام يدل عليه * وذكر في جامعه الصغير وانما جعل الاقامة الى الامام لان الضرب غير مقدر في نفسه فلو جعل الاقامة اليه لزد على ما هو المعهود فيؤدى الى التلغى فعمل الاقامة الى الامام بطريق المصلحة * وقال فيه ايضا ثم انه لا يورث عند اصحابنا مع انه حق العبد كما لا يورث حق الشفعة وغير الشرط لما ان الارث انما يجرى في الاعيان قال عليه السلام من ترك ما لفلورثته وهذا لان المال يبقى بعد موت المورث ويفضل عن حوائجه فلا بد من ان يصرف الى اقرب الناس اليه وهم ورثته اما حق القذف فليس بملك عين ولا فى معنى ملك العين بل هو ملك الفعل وهو ملك الضرب والفعل لا يبقى فملك الفعل لا يبقى ايضا * ولهذا قلنا ان حق الشفعة لا يورث لانه ملك فعل وهو حق الفسخ بخلاف القصاص حيث يورث لانه فى معنى ملك العين لانه يملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيخلف الوارث فى حق استيفاء القصاص قوله والاول اظهر وهو ان الغالب فيه حق الله تعالى اظهر واشهر وعليه عامة اصحابنا رحمهم الله * النبطجيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطى فهم ممن ينتم بالنسبة اليهم * قال ابن ابي لبيلى اذا قال العربي يانبطى اوقال لست من بنى فلان لقبيلته التى هو منها فعليه الحد لانه نسبه الى غير ابيه * قلنا يراد به النسبة الى الجهل واللكنة لا التنى عن الاب عادة كمن قال لمصرى يارستاقى اويارقوى فانه لم يجب عليه شىء كذا هنا * وعن ابن عباس رضى الله عنه انه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يانبطى فقال لاحد عليه * وماء السماء هو لقب عامر بن حارثة الازدى كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام الفطر اى عطاء وجودا واما المنذر بن امرء القيس فكانت تسمى ماء السماء لجمالها وحسنا وقيل لولدها بنوما السماء وهم ملوك العراق قوله وذكر الجبل يقرره مرادا لانه قرينة الصعود ولهذا لوقال زناة في الجبل لا يحد وحرف فى لا ينفى الصعود كما فى قول الشاعر

وارق الى الخيرات زناء في الجبل

وكما فى قوله تعالى فكاننا يصعد فى السماء وحقيقة ما نوى ان لم يثبت يورث الشبهة قوله وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمه على * فان قيل فى تسمى بمعنى على قال الله تعالى ولاصلبكم فى جنوب النخل اى عليها * قلنا الحق انها على حقيقتها لتمكن المصلوب فى الجنح تمك الكائن فى الظرف فيه * فان قيل الكلام فيما اذا ادعى ارادة الصعود وبالارادة ترك حقيقة الكلام الى ما يحتمله ولاخفاف الاحتمال * قلنا لما ثبت ان ظاهره للفاحشة كان قذفا حقيقة ودعوى المجاز غير مسموع عنه كما لو قال زنت وقال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زناة على الجبل قيل لا يجب لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمه على وقيل يجب للمعنى الذى ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا

قوله زناي ما كان معك بعد النكاح اطلق لفظ الزنا على الوطى الحلال على طريق المشاكلة كما في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لاعلى تحقيق الزنا فعلى هذا لا تكون مصدقة لزوجها فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان قوله فجاء ما قلنا اى وقوع الشك فى الحد واللعان فبطلا قوله واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد * جواب لقائل لما وجب اللعان ينبغي ان يقطع النسب اى ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجودا وعدما الا ترى انه اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا يقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولده من امرأته الامة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان قوله ففانت العفة نظرا اليها اى ولادة ولد لا اب له ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا * فان قيل اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنا فكانت معدودة فى الزنا فوجب ان لا يحد قاذفها * قلنا اللعان فى جانبها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره الا ترى ان اللعان قائم مقام حد القذف فى حقه بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها حتى قلنا بشهادته * او تقول اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقه فقد وجد امارة الزنا منها فينبغى ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا وقائم مقام حد القذف فى جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقط فيبقى القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قوله ومن وطىء وطئا حراما نحو ان تزوج امرأة نكحها فاسدا متفقا على فساده فوطئها وهو يعلم بذلك اولا يعلم او وطىء جارية مشتركة او وطىء جارية ثم استحققت منه وهو لا يعلم انها لغير البائع او وطىء بنكاح ثم علم ان المرأة ممن لا يحل له نكاحها قوله فى غير ملكه اى من وجه او من كل وجه احتترز به عما اذا اتى امة وهى مجوسية او امرأته وهى حائض او مكاتبه له فلا يسقط احصانه لان الوطىء وان كان حراما الا انه فى ملكه قوله فالوطىء فى غير الملك من وجه كوطىء الجارية المشتركة او من كل وجه كوطىء الاجنبية وانما تساويا فى حق سقوط الاحصان لان حد القذف عقوبة يسقط بالشبهة فيصير الزنا من وجه شبهة مانعة وجوبه كما يصير عدم الزنا من وجه شبهة مانعة وجوب حد الزنا قوله والجريمة مؤبدة كامة التى هى اختراضا قوله وابو حنيفة يشترط ان تكون الجريمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة الاب بملك النكاح او بملك اليمين ثم اشترها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كعمره وطىء المنكوحه بلا شهود فان حرمتها ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لانكاح الابن شهود وهذا الحديث مشهور ذكره فى الفوائد الظهيرية لان التحريم المؤبد ينافى ملك المتعة وان لم ينافى ملك الرقبة فيصير الوطىء واقعا فى غير الملك من وجه فيصير زنا من وجه قوله والجريمة لغيره وهو قيام حقه فى اليد قوله اذهى موقنة اى منقضية بفسخ الكتابة او بالعجز

زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ماكنت احد اغيبرك وهو المراد فى 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 وبالنفى بعده صار قاذفا فيلاعن (وان نفاه ثم اقر به حد) لانه لما كذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضرورى صير اليه ضرورة والتكاذب الاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان (والولد ولده) فى الوجيبين لاقراره به سابقا ولاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وان قال ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان) لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا (ومن قذف امرأة ومعها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حى او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام امارة الزنا منها وهى ولادة ولد لا اب له ففانت العفة نظرا اليها وهى شرط الاحصان (ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام امارة الزنا قال (ومن وطىء وطئا حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه) لفوات العفة وهى شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطىء وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطىء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطىء فى غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطىء فى الملك والجريمة مؤبدة فان كانت الجريمة موقنة فالجريمة لغيره * وابو حنيفة يشترط ان تكون الجريمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتسكون ثابتة من غير تردد (وبيانه ان من قذف رجلا وطىء جارية مشتركة بينه وبين اخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه (وكذا اذا قذف امرأة زنت فى نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد (ولو قذف رجلا اتى امة وهى مجوسية او امرأته وهى حائض او مكاتبته فعليه الحد) لان الجريمة مع قيام الملك وهى موقنة فكانت الجريمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابى يوسف ان وطىء المكاتبه يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل فى حق الوطىء ولهذا يلزمه العقر بالوطىء * ونحن نقول ملك الذات باق والجريمة لغيره اذ هى موقنة

قوله ولو قذف رجلا وطى أمته وهي اخته من الرضاة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح * وذكر الكرخي انه لا يسقط به الاصل لان الفعل حرم مع قيام الملك المبيع فصار كالامة المزوجة والصحيح هو الاول لثبوت التضاد بين الخل والحرمة فمن ضرورة ثبوت الحرمة مؤبدا انتفاء الخل والسبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له فاذا لم يقبل المحل الخل في حقه لا يثبت ملك الخل فكان فعله في معنى الزنا قوله وقذف في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك من كتاب النكاح قوله وان ضرب سوطا آه اجمع العلماء على القبول اذا حد حد القذف قبل الاسلام واجمعوا على عدم القبول اذا حد بعد الاسلام اما اذا اقيم بعض الحد قبل الاسلام وبعضه بعد فقد قال ابو حنيفة ينظر الى حال اكمال الحد ان ضرب في كفره تسعة وسبعين سوطا وبعد الاسلام واحدا لا تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد فينظر الى حال اتمامه لانه عند ذلك يصير حدا ثم رجع وقال ان اقيم اكثره بعد الاسلام لا تقبل اذا اقل تبع للاكثر فصار كان الكل وجد بعد الاسلام فلا تقبل * وهكذا روى عن ابي يوسف ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان ما كان له من الشهادة لم يبطل بضر البعض لان الرد تنمة الحد فلا بد من وجوده ليكون الرد تنمة له وما حدث له من الشهادة بالاسلام لم يرد ايضا لهذا المعنى فلهذا تقبل شهادته على اهل الاسلام واهل التمة قوله والاو اصل لان بعض الحد لا يكون حدا ولهذا لو ضرب تسعة وسبعين سوطا لا ترد شهادته ولو كان الاكثر قائما مقام الكل لردت شهادته قوله لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فحد الزنا لصيانة الانساب وحد السرقة لصيانة الاموال وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف لصيانة الاعراض فلا يتداخل قوله وقال الشافعي ان اختلف المقتوف بان قذف غير الاول او المقتوف به بان قذف الاول بزنا آخر لا يتداخل * وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو وانت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا * وعند الشافعي ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم وهذا يخالف ما ذكر في المنظومة والشرح لان المقلب فيه حق المقتوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المقلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحدود وكذلك ان حضر بعضها للخصومة ولم يحضر البعض فاقيم الحد بخصومة من حضر * فعلى منبهه اذا حضر الغائب وخاصم يقام الحد عليه لاجله ايضا * وعندنا لا يقام اذا علم ان قذفه بالزنا قبل اقامة الحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعةتهم وما هو المقصود فحصل وهو دفع العار عن المقتوف بالحكم بكذب القاذف * وذكر في الفوائد الظهيرية وقد حكى عن ابي حنيفة ان ابن ابي ليلى كان قاة نيا بالكوفة سمع رجلا عند باب مسجده يقول رجلا آخر يا ابن الزنايين فقال خذوه فاخذوه وادخلوه في المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين فاحضر ابو حنيفة بذلك فقال يا للعجب من قاضي بلدنا فقد اخطأ في خمسة مواضع في مسئلة واحدة * اما الاول فليس له ان يأخذه بالحد بالم خصام المقتوف * والثاني انه لو خصام يجب حد واحد وان قذف آتى رجل يكتفى بحد واحد * والثالث انه ان كان الواجب عنده حدين ينفي ان يتربص بين الحدين يوما واكثر حتى يخفى اثر الضرب الاول وهو قد والى بين الحدين * والرابع انه حد في المسجد وقال عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ووسل سيوكم واقامة حدودكم وانشاد صلاتكم * والخامس انه قذف الوالدين حيث قال يا ابن الزنايين وح يجب ان يتعرف انهما في الاحياء او في الاموات فان كانا في الاحياء فالخصومة اليهما وان كانا في الاموات فالخصومة الى الابن

قوله ولو قذف رجلا وطى أمته وهي اخته من الرضاة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح * وذكر الكرخي انه لا يسقط به الاصل لان الفعل حرم مع قيام الملك المبيع فصار كالامة المزوجة والصحيح هو الاول لثبوت التضاد بين الخل والحرمة فمن ضرورة ثبوت الحرمة مؤبدا انتفاء الخل والسبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له فاذا لم يقبل المحل الخل في حقه لا يثبت ملك الخل فكان فعله في معنى الزنا قوله وقذف في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك من كتاب النكاح قوله وان ضرب سوطا آه اجمع العلماء على القبول اذا حد بعد الاسلام واجمعوا على عدم القبول اذا حد قبل الاسلام اما اذا اقيم بعض الحد قبل الاسلام وبعضه بعد فقد قال ابو حنيفة ينظر الى حال اكمال الحد ان ضرب في كفره تسعة وسبعين سوطا وبعد الاسلام واحدا لا تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد فينظر الى حال اتمامه لانه عند ذلك يصير حدا ثم رجع وقال ان اقيم اكثره بعد الاسلام لا تقبل اذا اقل تبع للاكثر فصار كان الكل وجد بعد الاسلام فلا تقبل * وهكذا روى عن ابي يوسف ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان ما كان له من الشهادة لم يبطل بضر البعض لان الرد تنمة الحد فلا بد من وجوده ليكون الرد تنمة له وما حدث له من الشهادة بالاسلام لم يرد ايضا لهذا المعنى فلهذا تقبل شهادته على اهل الاسلام واهل التمة قوله والاو اصل لان بعض الحد لا يكون حدا ولهذا لو ضرب تسعة وسبعين سوطا لا ترد شهادته ولو كان الاكثر قائما مقام الكل لردت شهادته قوله لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فحد الزنا لصيانة الانساب وحد السرقة لصيانة الاموال وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف لصيانة الاعراض فلا يتداخل قوله وقال الشافعي ان اختلف المقتوف بان قذف غير الاول او المقتوف به بان قذف الاول بزنا آخر لا يتداخل * وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو وانت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا * وعند الشافعي ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم وهذا يخالف ما ذكر في المنظومة والشرح لان المقلب فيه حق المقتوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المقلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحدود وكذلك ان حضر بعضها للخصومة ولم يحضر البعض فاقيم الحد بخصومة من حضر * فعلى منبهه اذا حضر الغائب وخاصم يقام الحد عليه لاجله ايضا * وعندنا لا يقام اذا علم ان قذفه بالزنا قبل اقامة الحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعةتهم وما هو المقصود فحصل وهو دفع العار عن المقتوف بالحكم بكذب القاذف * وذكر في الفوائد الظهيرية وقد حكى عن ابي حنيفة ان ابن ابي ليلى كان قاة نيا بالكوفة سمع رجلا عند باب مسجده يقول رجلا آخر يا ابن الزنايين فقال خذوه فاخذوه وادخلوه في المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين فاحضر ابو حنيفة بذلك فقال يا للعجب من قاضي بلدنا فقد اخطأ في خمسة مواضع في مسئلة واحدة * اما الاول فليس له ان يأخذه بالحد بالم خصام المقتوف * والثاني انه لو خصام يجب حد واحد وان قذف آتى رجل يكتفى بحد واحد * والثالث انه ان كان الواجب عنده حدين ينفي ان يتربص بين الحدين يوما واكثر حتى يخفى اثر الضرب الاول وهو قد والى بين الحدين * والرابع انه حد في المسجد وقال عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ووسل سيوكم واقامة حدودكم وانشاد صلاتكم * والخامس انه قذف الوالدين حيث قال يا ابن الزنايين وح يجب ان يتعرف انهما في الاحياء او في الاموات فان كانا في الاحياء فالخصومة اليهما وان كانا في الاموات فالخصومة الى الابن

(ولو قذف رجلا وطى أمته وهي اخته من الرضاة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتباً مات وتترك وفاء لاحد عليه) لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم (ولو قذف مجوسياً تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقال لاحد عليه) وهذا بناء على ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح (واذا دخل المحرّب دارنا بامان فقتل مسلماً حد) لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزماً ان لا يؤذى وموجب اذاه الحد (واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب) وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات (واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة) لان له الشهادة على جنسه فترد تنمة لحدّه (فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعترف حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (وان ضرب سوطاً في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته) لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له * وعن ابن يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاو اصح قال (ومن قذف اوزى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله) اما الا ولان فلان المقصد من اقامة الحد حقاله تعالى الانزجار واحتمال حصول بالاول قائم فتمتكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمقلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما * وقال الشافعي ان اختلف المقتوف او المقتوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المقلب فيه حق العبد عنده

(فصل)

فصل في التعزير

(ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر) لانه جنابة قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير (وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يافاسق اوياسكفر اوياخبيث اوياسارق) لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غاية في الجنابة الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام (ولو قال ياحمار اوياخزير لم يعزر) لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه * وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شينا * وقيل ان كان السبب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه تاحقهم الومشة بذلك * وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات * وقال ابو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة 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 فصرافه اليه وذلك اربعون 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 او هو مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده * ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر * وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام فيقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس * وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره * وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب للمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال (وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعلى) لانه صالح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاء ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال (واشد الضرب التعزير) لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفى من حيث الوصف

فصل في التعزير

هو تأديب دون الحد * واصله من العزر بمعنى الرد والردع * وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فاضر بوهن فان اطعنكم فلا تدنوا عليهم سميلا امر يضرب الزوجات تهذيب وتاديبا لهن والسنة قال عليه السلام لا تزغ عصاك عن اهلك وروى انه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره ياخنث ولان زجر الدعار عن الجنابات ومساوى الاخلاق واجب تقايلا لها والتعزير صالح للزجر فيكون مشروعا * ثم قد يكون بالحبس وقد يكون بالصنع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وعن ابي يوسف ان التعزير بأخذ المال يجوز للسلطان * ثم تعزير الاشراف كالدعاقة والقواد وغيرهم الاعلام والمجر الى باب القاضى وتعزير اشرف الاشراف كالفقهاء والعلوية الاعلام فقط بان يقول بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل وتعزير اوساط الناس كالسوقية بالاعلام والمجر والحبس وتعزير الاخساء الاعلام والمجر والضرب والحبس قوله الا انه يبلغ بالتعزير غاية في الجنابة الاولى وهى ما اذا قذف غير المحصن بالزنا ولم يثبت وفي الثانية وهى ما اذا قذف مسلما بغير الزنا قوله والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد * في المغرب بلغ بالتخفيف هو السماع واما ما يجرى على السنة الفقهاء من التثقيب ان صح فعلى حد الفعل الاول كما في قوله عليه السلام الا فيبلغ الشاهد الغائب وقوله تعالى ياليتها الرسول بلغ ما انزل اليك على حد الفعل الثاني والتقدير من بلغ التعزير حدا * وانما حسن الحدف لدلالة قوله في غير حد والنزى يدل على هذا التقدير قوامه لا يجوز تبليغ غير الحد الحد * وذكر هذا الحديث في الفوائد الظهيرية ثم قال وبلغ بالتخفيف لا بالتشديد من البلوغ لامن التبليغ لان المبلغ اليه غير منكور والمراد تبليغ غير الحد الحد لا تبليغ الحد غير الحد ومعنى بلغ بالتخفيف اتى كقولهم بلغ المكان اى اتاه فيصير تقدير الحديث كانه قال من اتى حدا في موضع لا يجب الحد فهو من المعتدين قوله وهو مأثور عن علي رضي الله عنه وتأويل ماروى عنه ان عليا رضي الله عنه كان يعقد لكل خمس فلما بلغ خمسا وسبعين لم يعقد لانه بقى اربع ضربات فلم يبلغ خمسا فلذلك لم يعقد فظن الراوى انه جلده خمسة وسبعين * قوله وقد ورد الشرع به اى بالحبس وهو ماروى ان النبي عليه السلام حبس رجلا للتعزير * قوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته هنا لا يضح ان الحبس يصلح للتعزير اى ولهذا لا يحبس في تهمة وجوب التعزير قبل ثبوته بان شهد شاهد ان مستور ان على انه قذف محصنا فقال يافاسق فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود كما شرع في الحد لان الحبس تعزير فلا يحبس قبل ثبوته بخلاف ما اذا اتهم بما يوجب الحد لان التعزير ادنى من الحد فناسب ان يعاقب به عند التهمة بما يوجب الحد لانه ادنى منه

قوله كيلا يؤدي الى فوت المقصود وهو الزجر ولهذا لم يخفف من حيث التفريق ذكر في المحيط ان محمدا ذكر في حدود الاصلان التعزير يفرق على الاعضاء ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا وفي كتاب الاشربة يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان لكن موضوع ما ذكر في كتاب الحدود انه وجب تبليغ التعزير الى اقصى غاياته ومتى كانت الحالة هذه يجب التفريق على الاعضاء كيلا تكون الإقامة في موضع واحد سببا لفساد ذلك الموضوع وموضوع ما ذكر في الاشربة انه يعزراذني تعزير كسوط اوسطين او ثلثة ومتى كانت الحالة هذه فالإقامة في موضع واحد لا يؤدي الى فساد ذلك الموضوع قوله وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة لان الامر طلب فعل المأمور به من المأمور وهو اثبات والاثباتات ليست بقبالة للتعليق بالشرط لانه حينئذ يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الاطلاقات فانها رفع القيد فكان من جهن الاسقاطات وهي قابلة للتعليق * فان قيل يشكل على هذا ما اذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع او انضأها فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد رعهما الله خلافا لابي يوسف والرواية في المحيط مع ان الزوج بالجماع استوفى حق نفسه واحتراز عن التلقئ ممكن واطلق له في ذلك الفعل فكان ينبغي ان يتقيد بشرط السلامة كما اذا ضرب امرأته لتعود الى مضجعتها * قلنا انما لم يجب الضمان هناك لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل ثم لو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب الضمانين بقبالة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز كذا في المحيط وتصح في التعزير الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو والتكفيل لانه من حقوق العباد شرع للاصلاح والنهذيب *

كتاب السرقة

هي اخذ مكفي خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدة محررة بلا شبهة قوله ومنه استراق السمع لانه يسمع كلام المتكلم في حال غفلته قال الله تعالى الامن استرق السمع اي رام اختلاسه سرا ومسروق الشياطين من الملائكة كلام قوله وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة * منها في السارق وهو ان يكون مكلفا اي عاقلا بالغنا * ومنها في المسروق وهو ان يكون مالا متقوما لا يتسارع اليه الفساد مقدرا بعشرة دراهم او بها يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة جيدة محررة بلا شبهة لان السرقة لا تتحقق الا بصفة المالينة والملوكية والحرز فان اخذ المباح يسمى اضطيادا واحتطابا لاسرقة ومالا يكون محرزا لا يكون اخذه سرقة لعدم مسارقة عين الحافظ ولمصار كون المأل محرزا شرطا بالنص وشرايط العقوبات يراعى وجودها بصفة الكمال لها في النقصان من شبهة العدم وانما يتم الاحراز في المال الخطير فالحقير تافه لا يقصد العاقل احرازه عادة فصار ما يشبهه الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابتا بالنص قوله والمعنى اللغوي اي الاخذ على سبيل الخفية مراعى فيها ابتداء وانتهاء يعني اذا كانت السرقة نهرا او ابتداء لا غير يعني اذا كانت السرقة ليلا لان اكثر السرقات يصير مغالبة في الانتهاء اذا كانت ليلا لانه وقت لا يحقه الغوث فولم يكتفى بالخفية وقت الدخول في الحرز لا يمنع القطع في الاكثر بخلاف ما اذا كانت بالنهار لانه وقت يلحقه الغوث فلا يصير مغالبة وقت الاخذ كذا في النخيرة * وفي الحاوي انه اذا كان باب الدار مردودا غير مغلق فدخلها السارق خفية قطع ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهرا وسرق لا يقطع ولو دخل ليلا من باب الدار وكان الباب مفتوحا مردودا بعد ما صلى الناس العتمة وسرق خفيا او مكابرة رعه سلاح والاوصاحب الدار يعلم به ولا يقطع ولو دخل اللص دار انسان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويجيئون فهو بمنزلة النهار قوله وفي الكبرى

من حيث التفريق ذكر في المحيط ان محمدا ذكر في حدود الاصلان التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان لكن كتاب الحدود (٢٥٢) كتاب السرقة

كيلا يؤدي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء قال (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضئ الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التخليط من حيث رد الشهادة فلا يفلظ من حيث الوصف (ومن حنه الامام او عزره فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاع بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالرور في الطريق * وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في ماله * فلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسار * ومنه استراق السمع قال الله الامن استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعنى قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدى لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب 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 تفتقر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبا *

اعنى قطع الطريق انما سميت كبرى لان ضررها يعم (وعند)

المالك والمسلمين اولانها مسارقة عين الامام ومحاربة الله ورسوله قاله الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله قوله او من يقوم مقامه كالمدوع والمستعير والمرتون والمضارب والغاصب قوله لان الجناية لا تتحقق دونهما الى الجناية لا تتحقق عند عدم العقل والبلوغ لانه لا جناية بلا

فكليف ولا تكليف بلا عقل وبلوغ **قوله** وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك بثلاثة دراهم لا خلاف بينهما من حيث المعنى لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاثة دراهم كانت ربع الدينار وقال ابن ابي ليلى نصاب السرقة مقدرة بخمسة دراهم * وقال عكرمة باربعة دراهم * وعن ابي هريرة وابي سعيد الخدري رضي الله عنهما باربعين درهما * وعند اصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصري **قوله** وهو المتيقن به روى في ثمن المعجن ثلاثة دراهم روى انه خمسة دراهم وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالاقل كما اذا اختلفا في القومون في القيمة يؤخذ بالاقل قلنا روى ايمن بن ام ايمن وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ان المعجن الذي قطعت اليد به على عهد رسول الله عليه السلام كان يساوي عشرة والرجوع الى قولهم اولى لسكونهم من جملة الغزاة وكانوا اعرف بقيمة المعجن من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال ان الاخذ بالاقل اولى لان في قيمة المسروق انما يؤخذ بالاقل لدرء الحد وذلك يوجب ان يؤخذ بالاضتر ههنا لان معنى الدرء فيه وقد روى ان عمر رضي الله عنه اتى بسارق سرق ثوبا فامر بقطع يده فقال عثمان رضي الله عنه ان سرقته لاتساوي عشرة فامر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرءه الحد عنه فدل انه كان ظاهرا معروفا فيما بينهم ان النصاب يقدر بعشرة دراهم **قوله** كما قال في الكتاب اي القدوري وهو قوله او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة **قوله** وهو الاصح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة ما يدل على ان المضروبة وغير المضروبة في ذلك سواء **قوله** والمعتبر وزن سبعة اي المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في وزن الدراهم في عامة البلاد **قوله** اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا لا يقال ان الذهب منصوص عليه بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم لا نناقول نعم فتورد في بعض الاخبار ذكر الدينار ولكنه لم يبلغ في الشهرة مبلغ الدراهم وذكر شيخ الاسلام ان يذكر العشرة تبين ان المراد بالدينار المتقوم بقيمة الشرع عشرة لابقية الوقت لان باعتبار الوقت قد يبلغ الدينار ثلاثين اواربعين فيصير في التقدير كانه قال لا تقطع اليد الا في ثلاثين اواربعين او عشرة وبيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعلم ان المراد بالدينار الدينار المتقوم بالعشرة * وقال ابو يوسف لا يقطع الا بالاقرار مرتين وهو ايضا قول ابن ابي ليلى وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر * وذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قوله ما * قال القاضي الامام الزنجري في تعليله هذه المسئلة على قولهما ان الاقرار في المرة الاولى ان كان يوجب القطع صح الكلام وتم المرام وان لم يوجب القطع يوجب الضمان بالارباب فلما وجب الضمان باقراره الاول فلو وجب باقراره الثاني سقط الضمان الواجب والانسان لا يستقل باستقاط الضمان الواجب بقوله * وكان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يقول العجب عن ابي يوسف ان شانه علا وارفع بهذه المسئلة حين كان حامل النكر كان في مجلس هارون الرشيد فاتي بسارق فقالوا للسارق انت سرقت هذا المال فقال انا اخفت هذا المال فاتفق الفقهاء من اهل المعالم انه يقطع فقال ابو يوسف لا يقطع لانه ما اقر بالسرقة وانما اقر بالاخذ والاخذ يوجب الضمان دون القطع فحاروا ووجلوا واقروا ان ما قاله حق لكن قالوا نسأله ثانيا فاسأله فقال نعم سرقت فقالوا الله اكبر الآن يقطع فقال ابو يوسف لا يقطع لان الضمان وجب عليه بالاقرار فارد الآن ان يسقط الضمان عن نفسه فاقر اهل المعالم من الشيب والشبان ان الحق ما قاله * وتذكر في البسوط تعليلا محمد لم اقطعه في المرة الاولى ولم اقطعه في المرة الثانية

وعند الشافعي التقدير بربع دينار * وعند مالك بثلاثة دراهم * لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المعجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل المتيقن به اولى غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها * ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتمالا لدرء الحد * وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجنائية وهي دائرة الحد وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار وعشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجنائية حتى لو سرق عشرة تبرأ قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد * وقوله او ما تبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لاشبهة فيه لان الشبهة دائرة وسنبيته من بعد ان شاء الله تعالى قال **(والعبد والحرف في القطع سواء)** لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس **(ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع الا بالاقرار مرتين)** وروى عنه انها في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخري وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا * ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفي به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال **(ويجب بشهادة شاهدين)** لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وما هيتهما وزمانها

لان المال صار دينيا عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون مهما في ذلك فلا يقطع حينئذ وان كان المال قائما ببعينه رددته بعد الاقرار الاول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال الا ترى ان بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال في الاقرار اولى **قوله** وينبغي ان يسألهما عن كيفية السرقة فيقول كيف سرق لجواز انه نقب البيت وادخل يده واخرج المتاع وفي هذا الوجه لا يقطع عند ابي حنيفة ومحمد وما هيتهما لانه مبهم الاسم محتمل فان من يستمع الى كلام الغير

ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويجب
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 قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب
والحشيش والقصب والسماك والطير والصيد والزرنينج
والمغرة والنورة) * والاصل فيه حديث عائشة رضی الله
تعالى عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله
عليه السلام في الشيء التافه الى الحقير وما يوجد جنسه مباحا
في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير نقل الرغبات فيه
والطباع لا تضن به فقلها يوجد اخذه على كره من المالك
فلا حاجة الى شرع الزاجر * ولهذا لم يجب القطع بسرقة
ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص * الا يرى ان
الخشب يلقي على الابواب وانها يدخل في الدار للعمارة لا
للأحرار * والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة
التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد
يندرى بها ويدخل في السمك المالح والطرى 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
عليهما ما ذكرناه قال (ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد
كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه السلام لا قطع
في ثمر ولا كثير والكثير الجمار وقيل الودى وقال عليه
السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه
الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معنا كاللحم والتمر لانه
يقطع في الحنطة والسكر اجماعا * وقال الشافعي يقطع فيها
لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثير فاذا اواه الجرين
او الجر ان قطع * فلما اخرجناه على وفاق العادة والذي
يؤويه الجرين في عاداتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع
قال (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم
يحصد) لعدم الاحراز (ولا قطع في الاشربة المطربة)
لان السارق يتأول في تناولها الاراقة * ولان بعضها ليس بمال

سرا يسمى سارقا قال الله تعالى الامن استرق السمع ومن لا يعتدل
في الركوع والسجود يسمى سارقا قال عليه السلام ان اسوأ الناس
سرقة من يسرق من صلواته وزمانها اي فيما اثبتت السرقة بالبيئة
فيسألها الامام فيقول متى سرق لجوازانه تقادم العهد وانه
مانع للقطع اذا ثبت السرقة بالبيئة واما اذا ظهرت بالاقرار
فلا يحتاج الامام الى السؤال عن الزمان لان تقادم الزمان
لا يمنع صحة الاقرار كذا في المسوط والمحيط قوله
ومكانها لجواز انه سرق من غير الحرز اوفى دار الحرب لانه
لا يقام الحد على من باشر السب في دار الحرب قوله
ويحسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة لانه لا يمكن التوثيق
بالتكفيل لانه لا كفالة في حقوق الله تعالى ويمكن
من القضاء قبل ظهور عدالتها لان القطع يتعذر تلافيه
عند وقوع الغلط فيه قوله (واذا اشترك جماعة في سرقة
فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع هذا اذا لم يكن بين
هؤلاء السارق صبي او مجنون فان كان واحدا منهما بينهم درى *
الحد عنهم في قول ابي حنيفة وزفر * وقال ابو يوسف
ان كان الصبي والمجنون وليا اخرج المتاع درى * الحد
عنهم وان كان النذى ولي سواهما قطعوا الا الصبي والمجنون
لان الحامل هو الاصل كذا في الايضاح قوله وان اصابه
اقل لا يقطع خلافا لمالك ولا يرد على هذا وجوب القصاص
على جماعة قتلوا واحدا لان القتل بطريق التغالب غالب
فاحتج الى الشرع الزاجر لتقليله ولا كذلك سرقة ما لا يصيب
كل واحد منهم الا شيء قليل ولان انزهاق الروح غير متجزئ
فيضاف الى كل واحد منهم كملا كولاية الانكاح للاولياء
المستورين في الدرجة *

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قوله ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام وما يوجد
مباحا في الاصل في دار الحرب وهو عزيز لا يورث الشبهة لان
الاموال كلها في دار الحرب على الاباحة وتفاحة الشيء يعرف
بالرجوع الى العرف فان الانسان قديترت الاخذ مع القدرة
عليه وبعد اظهار الرغبة فيه عن الخساسة وكذا الضنحية
تعد من الخساسة وتفاهته من هذا الوجه يظن بخره وقلة
الخطر يمنع وجوب القطع كقتصان قدر النصاب قوله
بصورته اي بخلقته الاصلية قوله والطير يطير والصيد
يفر بيان نقصان الحرز قوله وهو على تلك الصفة احتراز
عن الاواني والابواب المتخذة من الخشب فان فيها القطع
قوله والكثير الجمار وهو شيء ابيض لين يخرج من
رأس النخل ومن نال هو حطب او صغار النخل فقد اخطأ
ذكره البطرزي والودى الصغار من النخل وقيل غضن يخرج
من النخل فيقطع ويغرس قوله لانه يقطع في الحنطة
والسكر اجماعا هذا اذا سرق في ايام الخصب اما الجعاعة
والقحط قال مشايخنا رحمهم الله لا يجب القطع بسرقة الطعام
مطلقا من غير تفصيل بين المهيا للاكل وغيره لانه يرخص
له بتناول مال الغير بالقيمة عند المخصة قوله واذا اواه
الجرين او الجز ان هذا تردد من الراوى فقد اشكل عليه
لقط النبي عليه السلام فقال هذا او هذا والجرين المريد
وهو الموضع الذي يلقي فيه الرطب ليحرق كذا في المغرب
وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منخره فجاز ان
يسمى به هنا الجراب المتخذ منه قوله على وفاق العادة
يعنى انما ثبت القطع فيما اواه الجرين بناء على عاداتهم انهم
كانوا لا يضعون في الجرين الا اليابس فانصرف اللفظ الى
اليابس فلا يكون حجة علينا لانا نقول بوجود القطع في
اليابس قوله ولا قطع في الفاكهة على الشجر وان يبس
ولا يقطع في الاشربة البطرية اي السكرية * وفي الايضاح
ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد قوله ولان بعضها ليس بمال

وفي مائة بعضها اختلاف فتحقق شبهة عدم المالية قال
 (ولا في الطنبور) لانه من المعازف (ولا في سرقة المصحف
 وان كان عليه حلية) * وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم
 حتى يجوز بيعه * وعن ابي يوسف مثله * وعنه ايضا انه يقطع
 اذا بلغت الحلية نصابا لانه ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها *
 ووجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه
 لا المالية على اعتبار المكتوب واحرازه لاجل اللجلد والاوراق
 والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها غير
 وقيمة الآنية تربو على النصاب (ولا يقطع في ابواب المسجد)
 لعدم الاحراز فصار كتاب الدار بل اولى 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
 اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال
 لانه ما اعد للعبادة فلان ثبت 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 يقطع على سارق الصبي الحر
 وان كان عليه حلي) لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له
 ولانه يتأول في اخذه الصبي اسكانه او حمل الى مرضعته * وقال
 ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقة
 وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناؤ فضة فيه نبيذ او
 ثريد والخلاف في صبي لا يمشى ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه
 (ولا يقطع في سرقة العبد الكبير) لانه غصب او خداع
 (ويقطع في سرقة العبد الصغير) لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر
 عن نفسه لانه هو البالغ سواء في اعتبار يده * وقال ابو يوسف
 لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمى من وجه
 مال من وجه * ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او يعرض ان
 يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية (ولا يقطع في الدفاتر
 كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (الا في دفاتر الحساب)
 لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال
 (ولا في سرقة كلب ولا فهد) لان من جنسهما يوجد مباح
 الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر
 في مائة الكلب فاورث شبهة (ولا يقطع في دف ولا طبل
 ولا بربط ولا مزمار) لان عندهم الاقيمة لها * وعند ابي حنيفة
 اخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع في الساج والقناد
 والابنوس والصندل) لانه اموال محرزة لكونها عزيزة عند
 الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام (ويقطع
 في الفصوص الحضر والياقوت والزبرجد) لانها من اعز
 الاموال وانفسها لا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام
 غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من
 الخشب او افي وابوابا يقطع فيها) لانه بالصنعة التحق بالاموال
 النفيسة الا ترى انها تخرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه
 لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز * وفي الحصير
 البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل

قوله وفي مائة بعضها اختلاف كالمصنف والباقي * وفي المغرب
 المعازف الات اللهو التي يضرب بها الواحد عز فر واية عن العرب
 واذا فرد المعزف فهو نوع من الطنابير يتخذها اهل اليمن
 قوله وقيمة الآنية تربو على النصاب وكذا اذا كانت
 مساوية للنصاب * الصليب شئ * مثلث كالتمثال يعبد
 النصارى * الشطرنج بكسر الشين على وزن جرد حل *
 وفي النخيرة ولا يقطع في سرقة الشطرنج وان كان من ذهب
 والنرد يكون كذلك قوله وان كان الصليب في المصلى
 هو موضع الصلوة او الدعاء والبراديه هنا موضع صلوة النصارى
 وهو معبدهم قوله وما عليه من الحلي تبع له * وقال ايضا
 في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم
 ووجد في جيبه عشر دراهم مضروبة ولم يعلم بها لم اقطعه
 وان كان يعلم بها فعليه القطع * وعن ابي يوسف ان عليه
 القطع في الاحوال كلها لان سرقة قد تمت في نصاب كامل قوله
 والخلاف في صبي لا يمشى ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه
 حتى لو كان يمشى ويتكلم لا يقطع اجماعا لان له يدا على
 نفسه وعلى ما هو تابع له فكان اخذه خداعا قوله ولا يقطع
 في الدفاتر كلها اما كتب الفقه والاحاديث والتفسير فهي
 كالمصحف من وجه وان كانت اشياء مكرهة فهي كالطنبور
 قوله الا في دفاتر الحساب * والبراد دفاتر مضي حسابها لان
 ما فيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغد فيقطع ان بلغت
 نصابا واختلفوا في كتب الادب فقيل هي ملحقة بدفاتر الحساب
 من حيث انه لا يحتاج اليها في معرفة احكام الشرع * وقيل
 ملحقة بالفقه والتفسير لان معرفتهما تتوقف عليها قوله
 ولا يقطع في دف ولا طبل هذا اذا كان طبل لهو واما طبل الغزاة
 فقد اختلف المشايخ في وجوب القطع فيه واختار الصدر
 الشهيد انه لا يجب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره
 فتتمكّن الشبهة كذا في المحيط قوله الساج شجر
 يعظم جدا قالوا لا ينبت الا في بلاد الهند * والقناد بالقصر جمع
 قنادة وهي خشبة الرمع * والابنوس بفتح الباء

قوله وانما يجب القطع في غير المركب اراد به تركيب الباب على الجدار اي انما يجب القطع بسرقة الابواب اذا كانت محرقة في البيت غير معلقة بوضع الباب من الجدار فانها اذا كانت معلقة لا يجب القطع بسرقتها والانتهاب ان يأخذ على وجه العلانية فهر من ظاهر بلدة او قرية * والاختلاس ان يأخذ من اليد بسرعة جهرا **قوله** حرز بحرز مثله * قال الطحاوي حرز كل شيء يعتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق ثوبا من اصطبل لا يقطع وكذا لو سرق الشاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع ومثله النباش اختلنى الصحابة رضى الله عنهم فيها فعمرو وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضى الله عنهم قالوا بوجوب القطع على النباش * وابن عباس رضى الله عنهما كان يقول لا قطع عليه واتفق عليه من بقى في عهد مروان من الصحابة على ما روى ان نباشا اتى بمروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يشبهوا له فيه شيئا فغضب له وسأطوا ولم يقطعوه بهذا تبين فساد من يستدل بالاية لا يجب القطع عليه فان اسم السارق لو كان يتناولها مطلقا لما احتاج مروان الى مشاوره الصحابة مع النص وما اختلفوا على خلاف النص كذا في المبسوط **قوله** وما رواه غير مرفوع قيل انه من كلام زياد **قوله** او هو محمول على السياسة الا ترى انه قال في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جحد انفه جحدناه وهو محمول على السياسة فكذا هذا وللإمام رأى فيمن اعتاد ذلك وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح سواء نبش الكفن او سرق مالا آخر من ذلك البيت لاختلال الحرز بوضع الميتم فيه اذ لكل احد تأويل الدخول زيارة وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة **قوله** لما بينا اي من اختلال صفة المالية والملوكية والحرز **قوله** لما قلنا من ان له فيه شركة وهى تورث الشبهة **قوله** والحال والمؤجل فيه سواء اي في عدم القطع * والقياس في المؤجل القطع لانه لاحق له في اخذ شيء من ماله قبل حلول الاجل * وفي الاستحسان لا قطع لان التأجيل لا يسقط اصل الدين يتمكن من اخذ مثل حقه واكثر ما فيه انه استعجل ما كان مؤخرا من حقه ومثل هذا الاخذ لا ينفك عن شبهة فلا يوجب القطع **قوله** لان له ان يأخذ عند بعض العلماء وهو قول ابن ابي ليلى لوجود المجانسة باعتبار المالية ومن العلماء من يقول يأخذ رهنا بحقه **قوله** حتى لو ادعى ذلك بان قال انما اردت ان آخذ رهنا بحقى او قضاء بحقى درى الحد بشبهة اختلاف العلماء **قوله** قيل يقطع وهكذا نص القدورى في شرحه لانه ليس له حق الاخذ لانهما جنسان مختلفان الا ترى انه لو وكل رجلا ليشترى له شيئا بدنانير فاشترى له بدرهم او على القلب بصير مخالفا **قوله** وقيل لا يقطع وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى وهو الصحيح لان النقود في حكم جنس واحد ولهذا يكفل احدهما بالآخر في باب الزكوة وقد قال ابو حنيفة الا ان للإمام ان يتبادل احد النقدين بالآخر بغير رضا المديون لقضاء حقه وكذا في شراء ما باع بمنزلة جنس واحد حتى لا يصح **قوله** من غير فضل اي بين ان يسرق الشيء المسروق اولا او غيره **قوله** ولان الثانية متكاملة كالاولى لانه سرق من حرز لاشبهة فيه كما في المرة الاولى ولهذا السبب يلزمه القطع في المرة الاولى فكذا في المرة الثانية بل الجنابة في المرة الثانية اقبح عرفا فكان اولى بشرع القطع وهذا لانه بعدد الفتاح بصير هذا العينين في حق السارق كعينين اخر في حكم الضمان حتى لو غصبه واتلفه كان ضامنا فكذا في حكم القطع * **قوله** ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المعلن يعنى ان صفة المالية والتقوم لم يتبق في هذا العين حقا للمسروق منه على ماتمين فبعد ذلك ان ظهرت المالية والتقوم في حقه بالاسترداد يبقى ما سبق مورثا للشبهة والقطع يندرى بها وهو نظير ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام اذا احرزه انسان صار بالامتقواله ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الامل **قوله** على ما يعرف اشارة الى قوله بعد اوراق لا غرم على السارق بعد ما قطعت بينه

وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حموله لان الثقل منه لا يرغب في سرقته (ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبى عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن (ولا قطع على النباش) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد * وقال ابو يوسف والشافعى عليه القطع لقوله عليه السلام ومن نبش قطعناه * ولانه مال متقوم بحرز بحرز مثله فيقطع فيه * ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكّن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجنابة في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا (ولا يقطع السارق من بيت المال) لانه مال العامة هو منهم قال (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 استحسنانا لان التأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وان سرق منه عروضا قطع) لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الايبعا بالتراضى * وعن ابى يوسف انه لا يقطع لان له ان يأخذ عند بعض العلماء قضاء من حقه اورهنا بحقه * قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درى عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف * ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنائير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهى بحالها لم يقطع) والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابى يوسف وهو قول الشافعى 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) ان صفة المالية والتقوم لم يتبق في هذا العين حقا للمسروق منه على ماتمين فبعد ذلك ان ظهرت المالية والتقوم في حقه بالاسترداد يبقى ما سبق مورثا للشبهة والقطع يندرى بها وهو نظير ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام اذا احرزه انسان صار بالامتقواله ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الامل **قوله** على ما يعرف اشارة الى قوله بعد اوراق لا غرم على السارق بعد ما قطعت بينه

نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجنابة منه نادر لتحمل مشقة الزاجر فتعري الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجنابة وصار كما اذا فنف الحدود في فنف المقدوف الاول قال (فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون عزلا فسرقه وقطع 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

فصل في الحرز والاخذ منه

(ومن سرق من ابويه او ولده او ذى رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد للبسوة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لانه عاده بالسرقه * وفي الثاني خلاف الشافعي لانه الحقا بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق (ولو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره ينمغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من امه من الرضاة قطع) وعن ابى يوسف انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاة 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 الرضاة وهذا لان الرضاة قلما يشتهر فلا بسوطة محرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده او من زوج سيده لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي لبسوة 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 نصيب وهو مأثور عن على رضى الله تعالى عنه درأ وتعليلنا قال (والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالمحافظ) * قال العبد الضعيف

قوله نظرا الى اتحاد الملك بان لم يتبدل بالبيع والمحل بان لم يتبدل كما لو كان غزلا فنسجه او لم يسرق عينا آخر من المسروق منه قوله وقيام الموجب اى سقوط العصمة على المحل لان سقوط عصمة المحل باعتبار وجوب القطع قوله بخلاف ما ذكر اى فيما اذا باعه المالك ثم اشتراه وقد قيل لا يلزم القطع ايضا ولئن سلم فالملك هناك بتجدد السبب والمالية والتقوم باعتبار الملك فيجعل متجددا ايضا وهذا لان اختلاف اسباب الملك باختلاف الاعيان الا ترى ان المشتري اذا باع غيره ثم اشتراه ثم اطع على عيب قديم لم يرد على البائع الاول بخلاف ما اذا زنى بامرأة فعد ثم زنى ثانيا حيث لزمه الحد لانه لا يجب باعتبار المستوفى وانه متلاش والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الاولى مع ان هناك حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرة الاولى بخلاف المالية والتقوم الذى هو حق المالك في العين فانه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق قوله وصار كما اذا فنف الحدود في القذف المقدوف الاول * ذكر الامام المرغرى معناه بعين ذلك الزنا اما لو نسبته الى غير ذلك الزنا فانه يحد ايضا قوله ولهذا يملكه الغاصب به اى بالنسج قوله وهذا هو علامة التبدل اى ملك الغاصب المحضوب بالنسج دليل تبدل العين والا لما انقطع حق المالك عن المحضوب * فان قيل العين الاول قائم حقيقة وانما تبدل اسمه وصورته قلنا المتكسر شبهة سقوط العصمة قبل تبدل الاسم والصورة وكان المتكسر بعد شبهة التشبه فلا تعتبر

فصل في الحرز والاخذ منه

الحرز الموضع الحصين الذى اعد لحفظ الامتعة قوله والثاني وهو قرابة المحرمية للمعنى الثاني وهو الدخول في الحرز قوله الى مواضع الزينة الظاهرة * ذكر في المبسوط ولهذا ثبت حل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة وهى قرابة ذى الرحم المحرم * ثم المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكفى ومن مواضع الزينة الباطنة العنق والرأس والساق على ما يجيى في الكراهية انشاء الله تعالى * ولعل المراد من مواضع الزينة الظاهرة هنا ما يظفر في العادة عند ترك التكفى في السر لا ان يراد بها الوجه والكفى فقط لان النظر الى الوجه والكفى مباح للاجنبى ايضا اذا لم يكن عن شهوة وينال عليه قوله تعالى ليس على الاعمى حرج الى قوله او بيوت خالاتكم فظاهره يقتضى الاباح وهو وان ترك لقيام الدليل تبقى شبهة ولا يلزم قوله تعالى في آخر الآية او صدقكم لانه اذا فسد السرقة فقدمه اذ لم يتبق صدقها فلعنم الصدافة عند السرقة انتفت شبهة * واما الاخوة وما يضاهاها فيبقى مع السرقة كلابوة قوله وفي الثاني خلاف الشافعي اى في ذى الرحم المحرم قوله اعتبارا للحرز وعدمه على طريق اللقي والنشر من غير ترتيب قوله بخلاف الاخت من الرضاة لانه لا يشبه في المال والحرز اما لا شبهة في المال فلانه لا ينتفع كل واحد بمال الآخر من غير اذن الا ترى انه لا يستحق كل واحد النفقة على الآخر عند الحاجة * واما الحرز فلانه لا يجوز الدخول من غير استئذان قوله كما اذا ثبت بالزنا يعنى اذا سرق من بيت بنت المزنية يقطع مع وجود المحرمية بزنا امها قوله واقرب من ذلك يعنى الاقرب من الزنا والتقبيل عن شهوة اى من المحرمية الثابتة بالزنا بالمتنازع فيه محرمية الاخت رضاعا فان الام والاخت من الرضاة يتشابهان ويتشاكلان فان محرميتهما ثبتت بالرضاة ولو كانت الامومية من الرضاة مؤثرة كانت الاختية مؤثرة ايضا كما في النسب فالحاق الرضاة بالرضاة اولى من الحاق الرضاة بالزنا قوله ودلالة وهو طين عقد النكاح بينهما دال على البسوة لانهما بعقد النكاح يقيران كمصراعى الباب وهذا يدل على البسوة في المال اولا لان البسوة بينهما في الاموال لما اثرت في منع قبول شهادة احدهما للاخر فلان يمنع القطع اولى لان القطع من الحدود وهى تندرى بالشبهات وهذا يعم الطرفين قوله درأ وتعليلنا روى عن على رضى الله عنه انه انى برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال انه فيه نصيبا

رضى الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لحرز الامتعة كالدر والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحفاظ كمن جلس في الطبق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد (وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحفاظ) هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصده الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحفاظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزال 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 بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال (ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين (ولا قطع على من سرق مالا من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله) لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والحانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لحرز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحفاظ لان المسجد ما بنى لحرز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بنى للحرز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحفاظ (ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه) لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لاسرقة (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 صاحبهما معني فتممكن شبهة عدم الاخذ (فان كانت دار فيها مقاصير فخرجها من المقصورة الى صحن الدار قطع) لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة (وان اعار 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 يدمعبرة 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 من يد الداخل فعليهما القطع

قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحفاظ وهو الصحيح * وذكر في العيون على قول ابي حنيفة يقطع اذا كان ثم حافظ وصورته رجل سرق من حمام فان كان صاحبه جالسا عليه فسل من تحته قطع عند ابي حنيفة وقال محمد لا يقطع قال صدر الشهيد والفتية ابو الليث اختار قول محمد في الحمام ونحن نختار قوله ايضا اتبعه اقاله قسوله وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح لعلمه اراد انه اذا دخل البيت ليلا وليس له باب او كان وهو مفتوح قطع لانه حرز فلا يعتبر الحافظ لما ذكر في المحيط منقولا من الحاوي ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا او سرق لا يقطع قسوله والمتاع تحته او عنده هو الصحيح * وقيل انما يكون محرزا به في حال نومه اذا كان تحت جنبه او تحت رأسه فاما اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون محرزا به في حال نومه * والصحيح انه يقطع بكل حال لان المعتبر الاحراز المعتاد وقد حصل بهذه لان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا الا ترى ان المودع والمستعير لا يضمنان بمثله وهما يضمنان بالتضييع فانه قال يضمنان في هذه الصورة ولا يقطع السارق فيها * وفي فتاوى ابي الليث سئل ابو القاسم عن حمل ثياب الودعة على دابته فنزل في بعض الطريق ووضع الثياب تحت جنبه فسرق الثياب قال ان اراد به الترفق ضمن وان اراد به الحفظ لا يضمن * وذكر في المحيط انما لا يجب الضمان اذا وضعه بين يديه ان تام قاعدا اما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر اما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه في الحالين وقوله بخلاف ما ذكر في الفتاوى يحتمل الكل قسوله لوجود الاذن عادة اي في الحمام او حقيقة في البيت الذي اذن في دخوله قسوله وانما الاذن يختص بالنهار الا اذا كان باره مغلقا فحينئذ يقطع في النهار ايضا وعن ابي حنيفة ان سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده وعنهما انه لا يقطع وهو ظاهر المنهوب وعليه الفتوى لانه بنى للحرز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحفاظ وقد اختل الحرز بالمكان بالاذن في الدخول فلا يقطع بخلاف المسجد لانه لم يبن لحرز الامتعة والاموال فكان محرزا بالحفاظ كالصخرة قسوله ومن سرق سرقة اي مالا فلم يخرجها من الدار لم يقطع ولو كان مكان السرقة غضب فهلك في يده قال بعض مشايخنا لا يضمن والصحيح انه يضمن لان الدار كلها حرز واحد حتى اذا اذن له في دخول الدار فسرق من البيت لا يقطع وهذا اذا كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغنى اهل البيوت من الانتفاع بصحن الدار وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير اي حجر ومنازل وفي كل مقصورة سكان ويستغنى اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار * وانما ينتفعون به انتفاع السكة فخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان الاخراج من الحرز قد وجد لان كل مقصورة حرز على حدة الا ترى ان على باب كل مقصورة غلقا على حدة ومال كل محرز بمقصورة قوله وان اغار انسان * في المغرب وفي رواية محمد وان اعان انسان من اهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة اخرى فكانه اصح وان كان الاول اكثر * وفي مختصر الكرخي وكذلك ان اغار بعض اهل تلك المقاصير على مقصورة فسرق منها وخرج به منها الى صحن الدار قطع والمقصورة حجرة من حجر دار واسعة محصنة بالحيطان * والمراد بالاغارة الاسراع في الاخذ من اغار الثعلب او الفرس اغارة وغارة اذا اسرع في العدو * ومنه كما يغير ثم قيل للخيل المغيرة غارة * ومنه وشنوا الغارة اي وفرقوا الخيل واغار على العدو اخرج من حيوته بهجومه عليه

قوله وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا وهي من نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا يقطع عند أبي يوسف لانه لا يشترط لهتك الحرز دخوله كما في الصندوق وشق الجوالق ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج واخذه لم يذكره محمد والصحيح انه لا يقطع قبل ولو كان في الدار نهر جار فرمى بالمتاع في النهر ثم خرج واخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرج وان خرج بتحرريكه الماء قطع لانه اخرج كذا ذكره الامام التمر تاشي ولكن ذكر في المسوط في اخراج الماء بقوة جريه * الاصح انه يلزمه القطع لان جرى الماء به كان بسبب القائه في النهر فيصير الاخراج مضافا اليه في هذا الوجه وهو زيادة حيلة منه ليكون متيكرنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز ان يجعل مسقطا للجنحة قوله ولم تعترض عليه بدم معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك اعترض عليه يد معتبرة فوجب سقوط اليد الحكيمة للسارق ولم تسقط يده الحكيمة هنا قوله واذا دخل الحرز جماعة وانما وضع المسئلة في دخولهم لانهم اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف نفسه وان لم يعرف فعليه التعزير ولا يقطع واحد منهم كذا في النهاية قوله فتولى بعضهم الاخذ وهو ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الاخذ صبيا او مجنونا لا يقطع واحدهم وان كان الاخذ عاقلا بالغا وفيهم صبى او مجنون فلا يقطع على واحد منهم عند أبي حنيفة ومحمد * وقال ابو يوسف يجب القطع الاعلى الصبي والمجنون * والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطية السكندى امير خير اسان ايام الرشيد والدرهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارا قوله وان طرصرة الطرار الندى يطر الهميان اى يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدرهم يقال صررت الصرة اى شدتها والبراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدرهم وفي قوله وان طرصرة خارجة من الكم لم يقطع دليل على ان المنكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرد جري على عمومه بل هو محمول على ما اذا ادخل يده في الكم فطرها وعن أبي يوسف انه يقطع على كل حال قوله فلا يتحقق هتك الحرز وهو ادخال اليد في الكم واخراج الدرهم منه قوله وينعكس الجراب يعنى فيبا اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الندى كان خارج الكم وقعت الدرهم في الكم فاحتاج في اخذ الدرهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدرهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدرهم خارج الكم ظاهرة محاولة فكان الاخذ احد الدرهم من خارج الكم فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه وان ادخل اليد في الكم انما ادخلها لحل الرباط لا للاخذ المال من الكم فكان هذا نظير من دخل البيت ونقبه ثم خرج وادخل يده واخذ شيئا وهناك لا يجب القطع فكذلك ههنا قوله لانعكاس العلة فان الرباط اذا كان خارج الكم في صورة الطر لا يقع لانه ياخذ الدرهم من خارج الكم وفي صورة حل الرباط يقطع لانه ياخذ الدرهم من داخل الكم واما اذا كان الرباط داخل الكم في صورة الطر يقطع لانه ياخذ الدرهم من داخل الكم وفي صورة حل الرباط لا يقطع لانه ياخذ الدرهم من خارج الكم على ما ذكرنا قوله وانما قصده قطع المسافة اى في حالة المشى او الاستراحة اى في غير حالة المشى فلم يكن من قصده الحفظ فيكون المال محرزا بالكم لا بصاحبه فاذا قطع الكم واخذ

وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا انشاء الله تعالى * (وان القاه في الطريق وخرج فاخذه قطع) وقال زفر لا يقطع لان الالقاه غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره * ولنا ان الرمي حيلة يعنادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع اوليتفرغ لقتال صاحب الدار او للمفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا اخرج ولم يأخذه فهو مضيع لاسارق قال (وكذلك ان حملة على حمار فساقيه واخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه (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 الباقيون للدفع فلو امتنع القطع لادى الى سد باب الحد قال (ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع) وعن أبي يوسف في الاملاء 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 قال (وان طرصرة 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 أبي يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه * فلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق (وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع) لانه ليس بمحرز مقصودا فتمتكن 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) ومعناه اذا كان الجوالق في موضع هوليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل * وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار

فصل في كيفية القطع واثباته

قال (ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم) فالقطع بالتولواه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا الفصل اعنى الرسخ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند * والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واعسموه ولانه لو لم يحسم يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف (فان سرق ثانيا قطعته رجلاه اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخذ في السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزز ايضا ذكره المشايخ * وقال الشافعي في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجلاه اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جنابة بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد * ولنا قول على رضى الله عنه فيه انى لا ستمى من الله تعالى ان ادع له يدا يأكل بها ويستنجى بها ورجلا يمشى عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضى الله عنهم فتحجمهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه تادر الوجود والزرع فيما يقبل وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوى في بما يمكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوى او نحوه على السياسة (واذا كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجلاه اليمنى شلاء لما قلنا (وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام)

العالم من خارج الكم لان هذا سرقفة الحرز والقطع انها يجب بسرقفة المحرز من الحرز فاشبه الجوالق حيث يجب القطع بشقه واخذ المال منه ولا يجب منه بسرقفة الجوالق اذا لم يكن له حافظه القطار الا بل تقطر على نسق واحد والجمع قطر من قطر الماء صبه تقطيرا وقطرة مثل قطره واقطروعة وقطر بنفسه سال قطرا وقطرانا قسوله لان الجوالق في مثل هذا حرز يعنى فيما اذا كان للسارق خوف هجوم صاحبه * وذكر فخر الاسلام في جامعه انها يعتبر الجوالق احراز اذا خيف هجوم صاحبه فكان الجوالق حرزا ولا يكون محرزا لان المحرز اما بالحفاظ او بالمكان والجوالق ليس بحرز بالمكان ولا بالحفاظ فكذا فلا يجب القطع بسرقفته * والاصل فيه قوله عليه السلام لا قطع في حريسة الجبل وهى شاء تتحرس في الجبل للرعى لا يجب القطع وان كان الراعى حاضرا لان الراعى يقصد الرعى لا الحفظ فكان الحفظ تبعاً للتبع لاشبهة عدم الحفظ وكذا مقصود القائم والسائق السوق والقود فيتمكن النقصان في الحفظ فلا يجب القطع قسوله او حيث يكون حافظه وهذا يؤيد كدما قدمناه من القول المختار هو اشارة الى قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح

فصل في كيفية القطع واثباته

قسوله الزند مفصل طرف الذراع في الكفى وقال الخوارج يقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجراحة من رؤس الاصابع الى الابط * وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه لزوال تمكنه من البطش بها * قلنا هذا مخالف للنص فالنبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الرسخ ولان هذا القدر متيقن به وفي العقوبات انها يؤخذ بالمتيقن به * قسوله واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فاقطعوا ايمنهما وقراءته لا تكون دون روايته وروايته اذا صارت مشهورة تزداد على الكتاب فكذلك قراءته فيصير كانه قال فاقطعوا ايمنهما من الايدي فلا يتناول الرجل ولا اليد اليسرى وكان يقرأ سماعا فصار كالحبر المشهور فيقيد اطلاق الكتاب به لوروده في الحكم الواحد * والدليل عليه انه في المرة الثانية لا تقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز التدول عنه الى غيره ولو كان النص متناولا لليد اليسرى لم يجوز ترك قطع اليد مع بقاء اليد والايدي وان كانت بلفظ الجمع فالاصل ان ما توحد من خلق الانسان يذكر تشميته بعبارة الجمع قال الله تعالى فقد صنعت قلوبكم ولان الجمع المضاف الى جماعة يتناول الفرد من كل واحد يقال ركب القوم دوابهم فيصير معنى الآية والله اعلم فاقطعوا يدا من كل سارق وسارقة وقطع الرجل اليسرى انما ثبتت بالاجماع قوله وخذ في السجن حتى يتوب * والمدة التي تظهر فيها التوبة مفروض الى رأى الامام * وقال بعضهم يحبس سنة * وقال بعضهم حتى يموت * وقيل علامة توبته ان يظهر سيماء الصالحين في وجهه قسوله ويروى مفسرا كما هو مذهبه روى ابو هريرة رضى الله عنه انه عليه السلام قال من سرق قطعت يده اليمنى فان عاد وسرق قطعت رجلاه اليسرى فان عاد وسرق قطعت يده اليسرى فان عاد وسرق قطعت رجلاه اليمنى قسوله فيحجمهم اى غلبهم بالحجة فانعقد اجماعا ولم يحتج عليه احد بالنص في الباب فبان انه لائنص فيه اذ لو ثبت لبلغهم ولو بلغهم لاحتجوا * فان قيل اليس ان اليسرى محل بظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب قلنا لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليد اليسرى عن ان تكون مرادة كونه قال لآخر اعتق عمدا من عبيدى ثم قال عنيت به سالما ولان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار ولان السارق اسم فاعل فيدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الاذن اذ كل السرقات لم يرد اجماعا وبفعل واحد لا يقطع الايد واحدة وقد تعينت اليمنى اجماعا فخرجت اليسرى عن الارادة قوله والحديث طعن فيه الطحاوى فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد - (منزلة)

لان قوام البطش بالابهام (فان كانت اصبع واحدة سوى
 الابهام مقطوعة او شلاء قطع) لان فوات الواحدة لا يوجب
 خلا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانها يتنزلان
 منزلة الابهام في نقصان البطش قال (واذا قال الحاكم
 للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقتها فقطع يساره
 عمدا او خطأ فلا شئ عليه عند ابي حنيفة وقال لا شئ
 عليه في الخطاء ويضمن في العمد) وقال زفر يضمن في
 الخطاء ايضا وهو القياس والمراد بالخطاء هو الخطاء في
 الاجتهاد واما الخطاء في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا *
 وقيل يجعل عفوا ايضا * له انه قطع يدا معصومة والخطاء
 في حق العباد غير موضوع فيضمنها * قلنا انه اخطأ في
 اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطاء في الاجتهاد
 موضوع * ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل
 لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدين وكان ينبغي
 ان يجب القصاص الا انه امتنع للمشبهة ولا يحنيفة انه اتلف
 واختلف من جنسه ما هو غير منه فلا يعد اتلافاً كمن شهد
 على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه
 غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح * ولو اخرج السارق
 يساره وقال هذا يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره
 ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي
 الخطاء كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا
 يضمن (ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب
 بالسرقة) لان الخصومة شرط لظهورها * ولا فرق بين
 الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجنابة
 على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند
 القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود
 (وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق
 منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا للمغضوب منه)
 وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع *
 وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع
 والقابض على سوم الشراء والمترتبون وكل من له يد حافظة
 سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان
 الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين

لشيء منها اصلا اشار بها مارواه الشافعي من الاحاديث في
 تصحيح دعواه هذه او يحتمل على السياسة او على الانتساخ لانه
 يحتمل انه كان هذا في الابتداء فقد كان في الحدود تغليظ في
 الابتداء الا ترى انه قطع الايدي والارجل من العرنين وسمل
 اعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد كذا في المبسوط* الحداد
 الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاذ من الجلد كذا في المغرب
قوله واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا انما قيد
 بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد
 يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه امر بقطع اليد
 واليسرى يد فلا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي **قوله**
 والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد اي اجتهاد في جواز قطع
 اليسار نظرا الى اطلاق النص اما الخطأ في معرفة اليمين
 واليسار فلا يجعل عفوا لان الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر
 وهذا موضع اشتهار لان كل واحد يميز بين اليمين واليسار
قوله والخطأ في الاجتهاد موضوع بدليل **قوله** تعالى
 ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها فبئذن الله
 اثبت الاذن فيهما مع ان الحق عند الله احدهما **قوله** وان
 في المجتهدين اي وان كان للاجتهاد فيه مجال تمسكا باطلاق
 النص وظاهره اذ ليس فيه ذكر اليمين لان المجتهدين لا يعنى
 في عبد الظلم كالتقاضي اذا تعمد الجور في حادثة **قوله**
 ولا يحنيفة انه اتلف واختلف * فان قيل اليمينى لم تحصل
 له بسبب القطع بل كان حاصله له من قبل * قلنا اليمينى من
 حيث الاعتبار حصلت له بقطع اليسرى لانها لما صارت على
 شرف الزوال فهي كالفائتة من حيث الاعتبار * فان قيل
 لو قطع رجله اليمينى يضمن وقد اتلف واختلف عوضا وهو
 اليد اليمينى * قلنا لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالتالى
 ليس من جنس الباقي وعلى هذه النكته لو قطع غير الحداد
 لا يضمن **قوله** هو الصحيح اخترازا عما ذكر في شرح
 الطحاوي هذا كله اذا قطع الجلاذ بامر السلطان ولو قطع
 غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطأ الدية
قوله لانه قطعه بامره الا ترى ان من قطع يد غيره باذنه
 من غير ان يكون قطعه مستحقا بالسرقة لا يضمن لان البذل
 في الاطراف يسقط ضمانها فهنا اولى **قوله** ثم في العمد
 عنده عليه ضمان المال اي عند ابي حنيفة وانما خص ابا حنيفة
 بالذكر وان وجب الضمان بالاتفاق لان شبهة عدم وجوب
 الضمان على السارق انما يرد على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب
 ضمان اليد على الحداد فيظن ان القطع وقع حدا عنده فلا
 يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب ضمان الحداد فخصه
 دفعا لهذا الوهم **قوله** وفي الخطأ كذلك اي يجب ضمان
 المال على السارق على هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع
 لم يقع حدا وعدم الضمان على الحداد لانه اتلف واختلف ما
 ماهو خير منه من جنسه لان سقوط الضمان في ضمن وجود
 القطع حدا وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لان ذلك وقع موقع
 الحد وعلى طريقتهما وهو ان الضمان بطل بطريقة الاجتهاد
 لا يضمن لوقوعه موقع الحد **قوله** الا ان يحضر المسروق
 منه ولم يقل الا ان يحضر المالك لان السارق عندنا يقطع
 بخصومة المستودع والمترتب **قوله** ولا فرق بين الشهادة
 والاقرار عندنا اي يشترط حضور المسروق منه ومطالبتة
 بالسرقة في الشهادة والاقرار خلافا لابن ابي ليلى فيها لان القطع
 خالص حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليها حسبة كالزنا* وللشافعي
 في الاقرار لان الشهادة تبتنى على الطعن في المال بخلاف
 الاقرار **قوله** وصاحب الربوا قال في المحيط يحتمل انه
 اراد رجلا باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبض العشرين
 وجاء سارق وسرق العشرين منه يقطع السارق بخصومته
 عند علماءنا الثلاثة لان هذا المال في يده ينزله للغضوب
قوله وكل من له يد حافظة كمتولى الوقى والاب والوصى
قوله الا ان الراهن انما يقطع بخصومته * الاصح من النسخ

قوله الا ان الراهن انما يقطع بخصوصه حال قيام الرهن بعد قضاء الدين اى حال قيام المرهون في يد السارق * ذكر في المحيط اذا سرق الرهن من المرهون فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لا سبيل له على اخذ الرهن وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان يأخذه قسوله لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه اى بدون قضاء الدين هذا على اصح النسخ * وفي بعض النسخ حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه اى بدون قيام الرهن لان بالهلاك صار قاضيا دينه فلم يبق له فيه * وهذه الرواية ليست بصحيحة لان السارق انما يقطع يده بخصوصه من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ولاية الاسترداد قبل قضاء الدين والشافعى بناء على اصله اذ لا خصومة لهؤلاء عنده في الاسترداد لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة الا ترى انهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم ابقاء ليد فلان لا يملكون الخصومة في الدعوى منهم إعادة لليد اولى * وزفر يقول كان لهم ولاية الخصومة ضرورة استرداد المال للحفظ فيظهر في حق الاسترداد ولا يظهر في حق القطع * ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة * مطلقا اذ الاعتبار حاجتهم الى الاسترداد فيستوفى في 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 بخصوصته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة (وان قطع سارق بسرقة فسرقته 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 تعتقد موجبة في نفسها وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية حاجته اذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد مادرى الحد بشبهة يقطع بخصوصة 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 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 قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه (وكذلك اذا باعها المالك اياه) وقال زفر والشافعى يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة * ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده

لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه * والشافعى بناء على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر 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 وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة * مطلقا اذ الاعتبار حاجتهم الى الاسترداد فيستوفى في 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 بخصوصته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة (وان قطع سارق بسرقة فسرقته 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 تعتقد موجبة في نفسها وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية حاجته اذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد مادرى الحد بشبهة يقطع بخصوصة 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 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 قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه (وكذلك اذا باعها المالك اياه) وقال زفر والشافعى يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة * ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده

(واذا)

من الخصومة استرداد المال وظهور حق الله تعالى عند القاضي وقد حصل حيث اقام البينة عند القاضي فيكون منتهيا والشئ بانتهائه يتقرر والرد قبل المنازعة قاطع للخصومة لانه لا يقطع بخصوصه شرط ولم يبق لانه لا قضاء الا بعد ثبوت السرقة ولا يثبت الا بالشهادة لعدم الاقرار ولا شهادة بلا دعوى ولا دعوى بعد ما وصل السرورق الى السرورق منه وانما يدعى القطع وهو اجنبى عنه ولا يقطع بدعوى الاجنبى فكذا بدعواه ولو رده على ولده اودى رحمه ان لم يكن في عمل السرورق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع الى هؤلاء وان كان في عينه لا يقطع

وإذا كان كذلك يشترط قيام الحسومة عند الاستيفاء وصار
 كما إذا ملكها منه قبل القضاء قال (وكذا إذا نقصت
 قيمتها من النصاب) يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن
 محمد انه يقطع وهو قول زفر والشافعى اعتبارا بالنقصان
 فى العين * ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه
 عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان فى العين لانه مضمون
 عليه فكمال النصاب عيننا وديننا كما اذا استهلك كله اما نقصان
 السعر فقير مضمون فافتغرا (واذا ادعى السارق ان العين
 المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) معناه
 بعد ما شهد الشاهد ان بالسرقة * وقال الشافعى لا يسقط
 بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدى الى سد
 باب الحد * ولنا ان الشبهة درائة وتتحقق بمجرد الدعوى
 للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار
 (واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالى لم يقطعها)
 لان الرجوع عامل فى حق الراجع ومورث للشبهة فى حق
 الاخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة (فان سرقا
 ثم غاب احدهما وشهد الشاهد ان على سرقتها قطع الآخر
 فى قول ابى حنيفة الآخر وهو قولهما) وكان يقول او لا
 لا يقطع لانه لو حضر ربا يدعى الشبهة * وجه قوله الآخر
 ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما
 والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على مامر
 (واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها
 فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه) وهذا عند ابى
 حنيفة وقال ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع
 والعشرة للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذبه المولى
 (ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد
 مأذونا له يقطع فى الوجهين) وقال زفر لا يقطع فى الوجوه
 كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص
 لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار
 على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يؤخذ بالزمان والمال
 لصحة اقراره لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه
 لا يصح اقراره بالمال ايضا * ونحن نقول يصح اقراره من حيث
 انه آدمى ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه
 لانهمة فى هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول
 على الغير * لمحمد فى المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل
 ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا يقطع على
 العبد فى سرقة مال المولى يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع

لان يد من فى عياله كعده حكما ولهذا لا يضمن المستعير
 والمودع بالدفع اليه والوكيل بقبض الدين اذا وكل من فى
 عياله يبرأ المديون بقبضه وكذا لو رد على امرأته او عبده
 او جيره مشاهرة او مسانحة ولو دفع الى والده او عبده او والدته
 او جدته وليسوا فى عياله لا يقطع ان لهؤلاء شبهة الملك
 بالنص فثبتت شبهة الرد وشبهة الرد كالدرد ولو دفع
 الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة ولو دفع الى مكاتبه
 لا يقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتب ورده على سيده
 لا يقطع لان مال المكاتب للمولى ربة ومن سرق من العيال
 ورد الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق ايديهم فى
 ماله قوله واذا كان كذلك يشترط قيام الحسومة وقت
 الاستيفاء وهذا بخلاف رد المال لانه يؤكده الحسومة السالفة
 وينهيا حصول المقصود فيبقى تقديرا فاما الهبة فتقطع الحسومة
 لانه ما كان يخاصم ليهب منه وثم انما يخاصم ليرد عليه وما
 يفوت مقصودا لشيء لا يكون منهيا * فان قيل اذا تزوج
 بين زنى بهايحد * قلنا اختلفت الروايات فيه وبعد التسليم
 الحد باعتبار ما استوفى وذلك متلاش وهنا وجب القطع
 باعتبار العين وهو باقى قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
 ان الامضاء من القضاء قوله بعد ما شهد الشاهد ان بالسرقة
 وانما قال ذلك لانه اذا اقر بالسرقة ثم رجع عن اقراره سقط
 القطع عنه بالاتفاق قوله ولا معتبر بمال قال ابى الشافعى
 وهو قوله لانه لا يعجز عنه سارق بدليل صحة الرجوع يعنى
 ما من مقر الاويشكن من الرجوع ومع ذلك صار معتبرا فى
 ايراث الشبهة فكذا هذا قوله لان الرجوع عامل فى
 حق الراجع ومورث للشبهة فى حق الآخر * فان قيل قوله
 هو مالى مورث للشبهة فى حق الراجع كما فى المسئلة الاولى
 فاذا كان شبهة فى حقه يكون فى حق الآخر شبهة الشبهة
 وهى غير معتبرة * قلنا سقط القطع عن الراجع برجوعه
 لا بطريق الشبهة فاما فى المسئلة الاولى ليس ذلك رجوعا
 لان المسئلة فيما اذا ثبت بالبينة فلا يكون قوله هو مالى
 رجوعا فاعتبر شبهة قوله واذا اقر العبد المحجور عليه
 بسرقة عشرة دراهم بعينها قيد بالمحجور لانه لا خلاف فى
 المأذون عند علمائنا الثلاثة ويقول بعينها لانه لا خلاف فى
 المستهلكة عندهم ايضا قوله ولانه لانهمة الى قوله ومثله
 مقبول على الغير كما اذا شهد العبد عند الامام برؤية هلال
 رمضان وفى السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم تقبل فى
 سائر المواضع لما انه لانهمة فيه لانه يلزمه الصوم بهذا ويلزم
 غيره وكذا لو اقر الحر المديون المفلس بالقتل العمد فانه
 يقتص بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون ارباب الديون

قوله حتى تسع الخصومة فيه بدون القطع الا ترى ان السرورق منه لو قال ابغى المال ولا ابغى القطع تسع خصومته ولو قال ابغى القطع ولا ابغى المال لا تسع خصومته ويثبت المال دونه كما لو شهد به رجل وامرأتان او اقر بالسرقة ثم رجح فانه يضمن المال ولا يقطع قوله ولا يحنيفة ان الاقرار قد صح منه بالقطع لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى ثم يتعدى الى المال فيصح من حيث انه مال وهذا لان الجزاء انما يجب عليه بسبب الجنابة والجنابة انما تتحقق بواسطة التكليف والتكليف انما يتحقق من حيث انه آدمى لامن حيث انه مال قوله لان الاقرار يلاقى حالة البقاء لان الاقرار اخبار عن امر كائن فلا بد وان يتحقق ذلك الشيء حتى يتصور الاخبار منه قوله اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى اى لا يجب بحال وان سرق من مودع المولى ونحوه قوله وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو قوله واذا كانت مستهلكة لان الهلاك في عدم وجوب الضمان فوق الاستهلاك فان المودع يضمن بالاستهلاك ويضمن بالهلاك فاذا ثبت عدم وجوب الضمان في الاستهلاك يثبت في الهلاك بالطريق الاولى قوله او شرب خمر مملوكة للذمي اى على اصلكم فان عنده لا يجب ضمان الخمر بالاستهلاك وان كانت للذمي قوله لانه اى لان السارق يملكه بآداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ كما في الغصب وعن هذا قالوا ان هذا الاختلاف مبنى على الاختلاف في الغصب قوله وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى يعنى ان وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع وانتفاء القطع غير منتفى فيبقى الضمان بالضرورة لان انتفاء اللزوم يدل على انتفاء الملزوم قوله اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفى القطع لان الحرمة لحق العبد لا توجب حرمة عينه وما كان حلالا في نفسه لا يصلح سببا للعقوبة كشراب عصير الغير واخذ ماله غضبا انما الموجب للعقوبة فعل هو حرام بعينه فلا بد من انتقال العصمة من العبد الى الرب قبيل السرقة ليكون ورود الجنابة على حق الله تعالى فان قيل فعلة لافى عصمتين عصمة الله تعالى وعصمة العبد فكان جنابيتين كما في القتل خطأ تجب الكفارة والدية وفي قتل صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء والقيبة وفي شرب خمر الذمي يجب الحد والضمان قلنا في النفس حقان حق الشرع وحق العبد فوجب الضمانان والجزاء في قتل صيد الحرم بهتك حرمة الحرم والضمان بانلاف مال الغير والحد وجب بشراب الخمر صيانة لعقله والضمان بانلاف مال متقوم للذمي جبرا لحقه وهنا الجنابة متحدة لانه محلها العصمة وهي واحدة وقد صارت لله تعالى فلم تبق للعبد والجنابة الواحدة متى اوجبت جزاء الفعل كما لا يوجب بدل المحل كقطع اليد فصا لا يجب معه بدل المحل وهو الارش ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لان ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى القطع تبين ان العصمة كانت له فلا يضمن والاظهر انها كانت للعبد فيضمن * فان قيل ان انتقلت العصمة قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب لانه لا سبب سوى السرقة وان انتقلت بعدها فلا يقيد لان السبب صادف محلا معصوما للعبد وان انتقلت معها فهو باطل ايضا لان السرقة زمان الوجود ليست بموجودة فكيف يثبت الحكم وقت الوجود * قلنا ينتقل قبيل السرقة شرطا لصيرورة الجنابة على حقه مع ضرورة استيفاء الحد الذي هو حقه كما يثبت الملك في قوله اعتق عبدك عنى على النى فقال اعتقت ضرورة صحة العتق اقتضاء ولهذا قلنا في رواية يضمن بالاتلاف لان العصمة انما تسقط ضرورة فتظهر في فعل السرقة دون غيرها اذ الثابت ضرورة لا يعدل موضعها

حتى يسع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا * ولا ييوسف انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بيده وهما اذا قال الحر الثوب الذي في يده زيد سرقة من عمرو وزيد يقول هو ثوبى تقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد * ولا يحنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقى القطع بعد حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال (واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها) لبقائها على ملكه (وان كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابى يوسف عن ابى حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك * وقال الشافعى يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى 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 ينافى القطع لانه يتملكه بآداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفى القطع للشبهة وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفى القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره * ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا لا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان

(لانه)

والا تلافى فعل آخر فلا يظهر في حقه فيضمن كما لو اتلف غيره وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب هو السرقة دون غيره وهو الا تلافى اذ لا حاجة الى نقل العصمة في حق الغير فيبقى معصوما حقا للعبد نظرا الى الغير فيضمن

قوله لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة اي سقوط العصمة في حق الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في الهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق وبين الضمان لان الضمان مال معصوم حقا للبعد في حالتي الهلاك والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقاله في حالة الاستهلاك فقط فاذا انتفى المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص * وروى هشام عن محمد بن السارق لا يضمن في الحكم فاما قيمائنه وبين الله تعالى يفتى بالضمان لان المسروق منه قد لحقه الخسران والتقصان من جهته بسبب هو متعد فيه ولكن تعذر على القاضي القضاء بالضمان لما ذكرنا فيفتى برفع التقصان الذي لحقه من جهة السارق فيما بينه وبين ربه كذا في المبسوط * وذكر في الايضاح قال ابو حنيفة ولا يحل للسارق ان ينتفع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذلك اذا خاظه قيمصالم يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محذور وقد تعذر ايجاب الضمان فلا يطلق له الانتفاع وهذا كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا من اموالهم لم يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الباغي اذا اتفق مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان ويفتى بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الحربي اذا اخذ شيئا من اموالنا ثم اسلم لم يحكم عليه بالرد ويفتى بالرد فيما بينه وبين الله تعالى وكذا السارق اذا استهلك المال المسروق يفتى باداء الضمان فيما بينه وبين الله تعالى والاصل في هذه المسائل كلها ان كل فعل انعقد سببا لوجوب الضمان وتعذر ايجابه بعارض ظهر اثر ذلك العارض في حق الحكم واما الفتوى فيما بينه وبين الله فيعتبر قضية السبب قوله لان مبنى الحدود على التداخل ومعنى التداخل الاكتفاء بعد واحد قوله فاذا وجد القطع وقع عن الكل فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم باذلالا لئلا يصح البذل من واحد عن الكل * قلنا بئله المال لسقوط عصمته امر شرعي ثبت بناء على استيفاء القطع لا باعتبار العبد الا ترى انه يستوفيه من يملك البذل ومن لا يملكه كالأب والوصي *

كتاب السرقة باب ما يحدث (٢١٥) السارق في السرقة

لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال (ومن سرق سرقات فقطع في احديهما فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالوا يضمن كلها الا التي قطع لها) ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضر وا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها * لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر 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 فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل * وعلى هذا الخلاف اذا كان 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 ونملك المضمون وصار كالمشترى 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 مبيعا منه بخلاف ما ذكرنا لان البيع موضوع لافادة الملك 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 فأورث 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 (ومن سرق ذهبا او فضة

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم اي بعد الشق يساوي عشرة دراهم فيشترط كمال النصاب عند الاخراج قوله لان فيه سبب الملك * وانما قلنا ذلك لان المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لا تعبد سبب الملك فان سبب الملك لو لم ينعقد لها وجب التملك بكره من السارق كذا في الاسرار قوله وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع والجامع بينهما هو ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك قوله ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش واللام فيه للعهد يدل عليه قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ قوله وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فثبت به الملك للبائع فكذلك هنا يقطع وان انعقد سبب الملك وهو الشق وان كان الخرق اتلافنا لم يقطع لانه استقر الضمان وانه ينفي القطع * وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع كذا في الايضاح * وذكر الامام الثوري رحمه الله في حد الاتلاف ان ينقص اكثر من نصف القيمة قوله وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا وقيل في حد الفاحش ان ينقص ربع القيمة وقيل ما لا يصلح الباقي لثبوت ما والصحيح ان

الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة كذا ذكره الامام الثوري رحمه الله فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لعدم سبب الملك لانه ليس له اختيار تضمين كل القيمة بل له تضمين قيمة النقصان * فان قيل قد اوجبتم مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان * قلنا انما لا يجتمعان كيلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبذل المصل في جناية واحدة وهما لا يؤدي اليه اذا قطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء *

يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقال لا سبيل للمسروق منه عنيهما) واصل 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 لم 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 بينهما كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا * ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مضوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه اسود اخذ منه في المنهين) يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة واكنه 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 فقطع الطريق فاخذوا قبل ان يأخذوا ما لا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ 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 يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يجارون الله ورسوله الآية * والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنائيات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها * اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة * والحالة الثانية كما بينا لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع

قوله يجب فيه القطع من صورة المسئلة اي سرق ذهب او فضة يجب فيه القطع بان يساوي عشرة دراهم قسوله فلم يملك عينه اي عين السرور وهو الذهب والفضة وانما ملك المضر وب قسوله فرجنا جانب السارق * فان قيل لو انقطع حق المالك يملكه السارق من حين صبغه فيجب ان يتمتع القطع * قلنا انما يوجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه بوجه من الوجوه فصار كصنعة طعنها السارق يجب القطع وان ملك الدقيق لان القطع انما يجب بسرقته الحظنة وبالطعن يملك الدقيق دون الحنطة * تحقيقه ان ثبوت المالك للسارق لرجحان الصبغ لكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون المالك ثابتا قبله قسوله فاستويا من هذا الوجه اي من حيث ان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا اي ما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما فان الثوب باق بنفسه والصبغ باق بالثوب قسوله وان صبغه اسود اخذ منه في المنهين يعني مذهب ابي حنيفة ومحمد فعند ابي حنيفة السواد نقصان وليس بزيادة والمسروق اذا انتقص عند السارق لا يقطع حق المسروق منه فله ان ياخذ الثوب ولا يعطى شيئا وعند ابي يوسف ومحمد السواد زيادة لكن محمد لا يقول بانقطاع حق المالك بمثل هذه الزيادة كما في الحمرة فيأخذ منه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه كما في الحمرة وابي يوسف يقول ينقطع حق المالك ولا سبيل عليه كما في الحمرة والله تعالى اعلم بالصواب

باب قطع الطريق

اعلم بان قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى اما تسميتها سرقة لان قاطع الطريق يأخذ المال خفية وسرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او ممن يقوم مقام المالك واما تسميتها بالكبرى لان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك باخذ ملكهم وهتك حرزهم ولهذا اغلظ الحد في حق قاطع الطريق كذا في المحيط قسوله واذا خرج جماعة اطلق اسم الجماعة ليتناول السلام والكافر والحر والعبد * وذكر في المبسوط واذا قطع قوم من المسلمين او من اهل الذمة على قوم من المسلمين او من اهل الذمة ممتنعين اي متقوين بانفسهم بحيث يمنعون تعرض الغير عن انفسهم او واحد يقدر على الامتناع اي على التقوى ومنع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته قتلهم الامام حدا حتى لا يسقط القتل بغفوا الاولياء ويسقط ضمان المال المأخوذ حقا للعبد والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يجارون الله ورسوله الآية اي يجارون اولياء الله على حذف المضى لان احدا لا يجار الله ولان المسافر في البرارى في امان الله تعالى وحفظه متوكلا عليه فالتعرض له كانه يجار الله تعالى والمراد منه التوزيع على الاحوال كانه قال ان يقتلوا ان قتلوا الخ لا التخيير كما قال مالك متشبا بظاهر الآية او ثبت ذلك بقوله عليه السلام من اخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن اخذ المال وقتل صلب قسوله وهي اربعة وذكر الامام التمر تاشي فالاحوال خمس * احديها خوفوا لا غير وهذا عزروا ادنى التعزير وحسوا حتى يتوبوا * والثانية اخذوا الاموال وفي هذا اذا تابوا قبل ان يؤخذوا ثم اخذوا لم يعدوا ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك ولو اخذوا قبل التوبة قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف يعني اليد اليمنى والرجل اليسرى وردوا المال القائم ويسقط ضمان الهالك * والثالثة جرحوا لا غير وفيه القصاص فيما يجري فيه القصاص والارش فيما لا يجري والاستيفاء الى صاحب الحق * والرابعة اخذوا المال وجرحوا وهنا يقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ويطل حكم المجرحات لان حكم مادون النفس حكم الاموال فيسقط * والخامسة اخذوا المال وقتلوا او قتل احدهم رجلا سلاحا وغيره فالحق هنا للامام على ما هو المذكور في الكتاب

قسوله اما الحبس في الاولى اي في الحالة الاولى وهي ما اذا اخذوا (وشرط)

وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله
 مال خطر * والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي
 الى تفويت جنس المنفعة * والحالة الثالثة كما بينها لما تلوناها
 (ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى
 عفوهم) لانه حق الشرع * (و) الرابعة (اذا قتلوا واخذوا
 المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف
 وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل
 او يصلب ولا يقطع) لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان
 ما دون 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 انه لا يتركه لانه منصوص عليه
 والمقصود التشهير ليعتبر به غيره * ونحن نقول اصل
 التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخبر فيه ثم قال
 (ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت) ومثله عن
 الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توفيقا عن المثلة *
 وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في
 الردع وهو المقصود به قال (ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام)
 لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به * وعن ابي يوسف انه يترك
 على خشبة حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره * قلنا حصل
 الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال (واذا قتل
 القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه) اعتبارا بالسرقة
 الصغرى وقد بيناه (فان باشر القتل احدهم اجري الحد
 عليهم باجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون
 البعض ردا للبعض حتى اذا زالت اقدامهم احازوا اليهم
 وانما الشرط القتل عن واحد منهم وقد تحقق قال (والقتل
 وان كان بعضا او بحجر او بسيف فهو سواء) لانه يقطع
 قطعاً للطريق بقطع المارة (وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا
 وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه
 الارش وذلك الى الاولياء) لانه لاحد في هذه الجناية فظهر حق
 العبد وهو ما ذكرناه فيستوفى فيه الولي (وان اخذ مالا ثم
 جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات) لانه لما وجب
 الحد مقالة سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال
 (وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه
 وان شاءوا عفوا عنه) لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة

قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا فلانه المراد بالنفي المذكور
 في الآية * وقال الشافعي الوراد من النبي الطلب ليهربوا
 من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة
 والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظيره
 قوله وشرط كمال النصاب وقال مالك المعتبر ان يكون
 المأخوذ في نفسه نصابا كاملا سواء اخذه الواحد او الجماعة وهكذا
 مذهبنا في السرقة الصغرى * وقال الحسن بن زياد الشرط
 ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان
 التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا
 وهنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا باعتبار
 عشرين درهما * ولكننا نقول يغلظ الحد هنا باعتبار تغلظ
 فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال
 المأخوذ في النصاب هنا الحد وحده السرقة سواء قسوله
 كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كانت يده
 اليسرى شلاء او مقطوعة لم يقطع رجله اليمنى واما اذا كانت
 يده اليمنى مقطوعة يقطع رجله اليسرى كذا ذكره الامام
 التمر تاشي قوله وقال محمد يقتل او يصلب وفي عامة الروايات
 قول ابي يوسف مثل قول محمد قوله لانه جناية واحدة وهي
 قطع المارة عن الطريق قسوله كحد السرقة والرجم يعني
 ان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرمح لا غير لان القتل يأتي
 على ذلك كله قوله والتداخل في الحدود لا في حد واحد
 الا ترى ان الجلدات في الزنا لا تتداخل * فان قيل هذا فاسد
 لان للامام ان يقتله ويدع القطع وعلى هذا التعليل ليس له
 ولاية ترك القطع كما ليس له ولاية ترك بعض الجلدات *
 قلنا ولاية ترك القطع لا بطريق التداخل بل لانه ليس عليه
 مراعاة الترتيب في اجراء حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل
 لذلك ثم اذا قتل فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل
 كالزاني اذا ضرب خمسين جلدة فبات فانه يترك ما بقي لانه
 لا فائدة في اقامته كذا في الميسر قسوله وان اخذ بعد ماتاب
 وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا عفوا عنه وكذلك
 ان اخذوا قبل التوبة وقد قتلوا او جرحوا عمدا ولكن ما اخذوا
 من الاموال شيء تافه او لا يصيب كل واحد منهم نصاب فالامر
 في القصاص في النفس وغيرها الى الاولياء فان شاءوا استوفوا
 وان شاءوا عفوا * وقد طعن عيسى في هذه المسئلة وقال يقتلهم
 حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم الامام
 حدا لا قصاصا وهذا لان مادون النصاب المالم يتعلق به حكم
 كان وجوده كعصمه اولانه تغلظ جنايتهم باخذ شيء من
 المال وما تغلظ به الجناية لا يكون مسقطا ولكن ما قلناه اصح
 وهو المذكور في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار
 ما هو المقصود والظاهر انهم يقصدون بقطع الطريق اخذ المال
 وانما يقدمون على القتل لئلا يتمكنوا من اخذ المال واذا لم يأخذوا
 عرفنا ان مقصودهم لم يكن المال وانما كان القتل فاجبنا
 عليهم الحد قتلا بالقتل الموجود منهم فاما اذا اخذوا الاموال
 عرفنا ان مقصودهم كان اخذ المال وان اقدامهم على القتل كان
 للتمكن من اخذ المال فبا اعتبار ما هو المقصود لا يمكن ايجاب
 الحد عليهم اذا كان ما يصيب كل واحد منهم ما دون النصاب
 كذا في الميسر * وعنده المسئلة من اعجب المسائل واهم
 بحفظها وكونها اعجب من حيث ان ازدياد الجناية باخذ
 مادون النصاب مع القتل اورث في حقه خفة في فعله حيث جعل
 للعفو مجالا بخلاف ماله لم يأخذ شيئا وقيل ليس المعفو
 فيه مجال بل يقتل حدا

قوله للاستثناء المنصور * فان قيل لم ينصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة كما في آية القذف فما وجه الفرق * قلنا قوله اولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء بل هي حكاية حال قائمة فصارت هذه الجملة فاصلة بين الجزاء والاستثناء فيصير الاستثناء على هذه الجملة وهذا العذاب العظيم في الآخرة جزاء فعله كالذي تقدم فالتعق الاستثناء بالكل قوله ولان التوبة تتوقف على رد المال ليقطع به خصومة رب المال فان الامام لا يقبض الحد الابيضومة صاحب المال في ماله وقد انقطعت خصومته لوصول المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد قوله ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه * فان قيل ان التوبة لما توقفت على رد المال فكيف يقال بوجوب الضمان اذا هلك في يده وان يوجب الحد * قلنا الكلام فيما اذا تاب وقد رد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض او هلك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان * وفي معالي الاخبار للكلابادي ان من اخذ مال الغير لغرض واتلف البعض ثم ندم على ذلك الصنع ورد ما بقى على عزم تدارك ما فات يكون تائبا * وذكر في الاصل ان رد المال منهم للتوبة فيكون نفس التوبة شبهة في ذرء الحد فظهر حق العبد في العفو والتضمين قوله ولو باشر العقلاء بعد الباؤون اي الباؤون من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء البالغين قوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم اي اذا باشر الصبي والمجنون يسقط الحد لان الخلل ههنا في الاصل وهو المباشر قوله نصار كالحاطي مع العائد اي اذا اشترك في القتل فانه لا يجب القود قوله فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم * قال ابوبكر الرازي المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذورحم محرم من احدهم حتى لا يجب باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم فيصير شبهة في نصيب الباقيين فاما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم يأخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الاجسبي * والصحيح انه مجرى على اطلاقه لان مال جميع القائلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانهم قصدوا اخذ ذلك كله بفعل واحد فاذا تمكنت الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم فهو كتمكن الشبهة في جميعه قوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله انه جنابة واحدة قامت بالكل قوله فيهم اي في المقطوع عليهم قوله لخلل في العصمة وهو يخصه نظيره لو سرق مال المسلم مع مال المستامن من بيت يسكنان فيه يجب القطع على السارق لوجود تمام السرقة وهو اخذ مال معصوم من الحرز وسقوط العصمة في حق المستامن لا يدخل بالسرقة لانه يختص به فكذا هنا قوله اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز كدار يسكنها اخو السارق واجسبي فسرق مال الاجسبي لا يقطع لما ان الخلل في الحرز فكذا هنا قوله لان الظاهر لحوق الغوث اي من الامام والناس فلا يستمتع التطرف في فلا يتحقق القطع ولان السب محاربة الله تعالى وهي انما تتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيصير في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن يتعرض له يكون محاربا لله تعالى فاما في المصر وفيما بين القرى فيلحقه الغوث من السلطان والناس وهو يعتمد عليهما فيتمكن النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد * وقال بعض المتأخرين ان ابا حنيفة اجاب بذلك بناء على عادة اهل زمانه فان الناس في المصر وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح مع انفسهم فيتحقق بذلك دفع قاصد قطع الطريق ولو تحقق

يكون نادرا فلا يبنى الحكم عليه وكذا ينذر بين الحيرة والكوفة لانصال عمران احد الموضوعين بالموضع الاخر فاما الآن فقد صار كالبرية وتركوا عادة حمل السلاح في الامصار فيتحقق قطع الطريق في الامصار وفيما بين القرى وعن ابي يوسف في المصر وفيما بين القرى ان قطعوا بالسلاح حدا وان قطعوا بهجر او بخشب نهارا لا وان كان ليلا حدا لان السلاح لا يلبث فلا يلحقه الغوث واما الخشب والحجر فيلبث فيسركه الغوث وقيل الغوث بالليلي فالامر ان فيها على التساوي

كتاب السرقة (٢١٨)

باب قطع الطريق

للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفى في الولى القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه (وان كان القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقيين) فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر * وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء بعد الباؤون وعلى هذا السرقة الصغرى * له ان المباشر اصل والرذء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبوع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم * ولهما انه جنابة واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقيين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالحاطي مع العائد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم * والاصح انه مطلق لان الجنابة واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض بوجوب الامتناع في حق الباقيين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن 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 ذكرناه (فان شاءوا اقتتلوا وان شاءوا عافوا عنه واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لان الحرز واحد فصار القافلة كدار واحدة (ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقطاع الطريق) استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق * وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة * وعن ابي يوسف انه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث * وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح اوليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطن بالليلي * ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقره منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايضا للتحقق الى المستحق ويؤدبون ويعبسون لا رنكابهم الجنابة ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء

(لما)

يكون نادرا فلا يبنى الحكم عليه وكذا ينذر بين الحيرة والكوفة لانصال عمران احد الموضوعين بالموضع الاخر فاما الآن فقد صار كالبرية وتركوا عادة حمل السلاح في الامصار فيتحقق قطع الطريق في الامصار وفيما بين القرى وعن ابي يوسف في المصر وفيما بين القرى ان قطعوا بالسلاح حدا وان قطعوا بهجر او بخشب نهارا لا وان كان ليلا حدا لان السلاح لا يلبث فلا يلحقه الغوث واما الخشب والحجر فيلبث فيسركه الغوث وقيل الغوث بالليلي فالامر ان فيها على التساوي

قوله لما بينا اشارة الى قوله قبله لانه لاحد في هذه الجناية فظهر حق العبد قوله ومن خنق بالتخفيف

كتاب السير (٢١٩) السير

كتاب السير
وما يتعلق بها سير الامام ومعاملاته مع الغزاة والانصار ومنع العداة والكفار * وذكر في المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان صاحب الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج وقالوا السير الكبير يوصفها بصيغة الذكر لقيامها مقام المضاف الذي هو الكتاب كقولهم صلى الظهر والسير الكبيرة خطأ كجامع الصغير وجامع الكبير قسوله وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لانه انما سقط الفرض عن الكل لمحصل الكفاية بالبعض فاذا لم يحصل هذا المعنى تعين الفرض على كل الناس * وانما بشرط في ذلك من كان فيه غنى ورتاح لان من لا ينتفع به عاجز عن اقامة الفرض والتكليف لا يتأتى مع العجز كما في سائر العبادات كذا في الايضاح قسوله فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية * قيل خفافا في النفير لشاططكم وثقالا عنه لثقلته عليكم * وقيل خفافا من السلاح وثقالا عنه * وقيل ركبانا ومشاة * وقيل مهازبل وسمانا * وقيل عزابا ومتأملين * وقيل شبانا وشيوخا * وقيل مشاغبل وغير مشاغبل * وقيل اغنياء وفقراء * وقيل خفافا الى المنازل وثقالا في المصاربة * فان قيل هذه الآية باطلاقها تنال على ان يكون الجهاد من فروض الاعيان في جميع الاحوال لانها غير مختصة بالنفير فما وجه التخصيص بالنفير العام مع ان العبرة لعموم اللفظ قلنا عرف كون الجهاد من فروض الكفاية فيما اذا لم يكن النفير عاما بآية اخرى والسنة وشي * من المعقول * اما الآية فهي قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى الله تعالى وعد للقاعدتين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعدون اللائمة دون الحسنى * واما السنة فتدفع ان النبي عليه السلام حين خرج الى الغزو ما كان يخرج كل اهل المدينة فلو كان فرض عين لم يدع احدا منهم * واما المعقول فهو ما ذكر في الكتاب ان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد قسوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد باول الكلام الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة اذا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان مجموعها اشارة الى الوجوب واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم اشارة الى انتهاء حكم السعة * وذكر في النخبة فاذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقترون على الجهاد فاما من وراءهم فيبعد من العدو فهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه اذا لم يحتاج اليهم اما اذا احتيج اليهم بان عجز من كان يقرب من العدو من المقاوم مع العدو اولم يعجزوا عن المقاومة الا انهم تكاسلوا ولم يجاهدوا فانه يفترض على من يليهم فرض عين كالصوم والصلوة ولا يسعهم تركه ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج * ونظيره الصلوة على الميت فان من مات في ناحية من نواحي البلدة فعلى جيرانه واهل محله ان يقوموا باسبابه وليس على كل من كان يبعد من الميت ان يقوم بذلك وان كان الذي يبعد من الميت يعلم ان اهل المحلة يضيعون حقوقه

لما بينا (ومن خنق جلاحتي قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة) وهي مسألة القتل بالثقل وسنيند في باب الديات ان شاء الله تعالى (وان خنق في المصر غير مرة قتل به) لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال (الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقيين) اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقتلونكم 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 لا عزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقيين كصلوة الجنابة ورد السلام (وان 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) فحينئذ 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 واخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل (وقال الكفار واجب) ولم يبدؤا للمعمومات (ولا يجب الجهاد على الصبي) لان الصبا 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

او يعجزون عنه كان عليه ان يقوم بحقوقه كذا ههنا ثم يستوى ان يكون المستنفر عدلا او فاسقا يقبل خبره في ذلك قوله وقتال الكفار واجب على الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام ومن اداء الجزية وان لم يبدؤا وانما ذكر هذا لان ظاهر قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤوا بالقتال وليس كذلك بل يجب مقاتلتهم وان لم يبدؤا * اهل ان رسول الله عليه السلام كان مأمورا في الابتداء بالصفح والارضاء عن

(ويكره الجعل ما دام للمسلمين في) لانه يشبه الامر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال بعد لنواب المسلمين قال (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 رضى الله عنه كان يعزى الاعزب عن ذى الحليفة ويعطى الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال (فان اجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال النبي عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية) به امر رسول الله عليه السلام امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهى به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم اويسلمون (فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) لقول على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كد مائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاغطاء المذكور فيه في القرآن والله اعلم (ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعو) لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون اننا نقاتلهم في الدين لا على سلب الاموال وسبى الدرارى فلعلهم يجيبون فنكفي مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة) بمالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بنى المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضى الله تعالى عنه ان يغير على ابني صباحا ثم يجرق والغارة لا تكون بدعوة قال (فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحرار بوههم) لقوله عليه الصلوة والسلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال (و نصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله عليه الصلوة والسلام على الطائف (وحرقوهم) لانه عليه السلام امرق البويرة قال (وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم) لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

المشركين قال الله تعالى فاصفع الصفع الجليل وقال الله تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والجدالة بالاحسن قال الله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداية منهم فقال اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اى اذن لهم في الدفع * وقال الله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقال الله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان قال الله تعالى فاذا انسأخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم ثم امر بالبداية بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن كلها قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة قسوله ويكره الجعل اراد بالجعل ما يضرب الامام المغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد قسوله فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا لانه اعانة على البر وجهاد بالمال وكلاهما منصوصان واحوال الناس في الجهاد تتفاوت * فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما * ومنهم من يقدر عليه بالنفس لقدرته دون المال لفقره * ومنهم من يقدر بالمال لغناه دون النفس لعجزه فيجهز الغنى بماله للفقير القادر حتى يكون الخارج مجاهدا بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا *

باب كيفية القتال

قسوله فحاصروا مدينة او حصنا حاصروا العدو ومحاصرة وحصارا اذا ضيقوا عليه واحاطوا به مدن الرجل بالمكان اقام ومنه سمي المدينة حصنا والحصن بالكسر كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة اكبر من الحصن قسوله على مناطق به النص وهو قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر الى ان قال حتى يعطوا الجزية قسوله والمراد بالبذل القبول بطريق اطلاق اسم السبب على السبب اذا القبول سبب البذل لانه مفض اليه وهذا كما في قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة واتوا الزكوة اى قبلوا قسوله وكذا المراد بالاغطاء المذكور في القرآن اراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية قسوله فنكفي مؤنة القتال بالنون على بناء المفعول قسوله للنهي وهو ما روى انه عليه السلام قال لعلى رضى الله تعالى عنه ولا تقاتل قوما حتى تدعوهم الى الاسلام لان يهدى الله تعالى احدا على يدك خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت قسوله ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين اى عند الشافعي او الاحراز بالدرارى عندنا * وقال الشافعي يضمن حرمة القتل * قلنا العاصم عندك هو الدين ولم يوجد بمجرد حرمة القتل لا تنكفي لوجوب الضمان كيا في قتل النساء والصبيان وعندنا الاحراز بالدار ولم يوجد * ابني بوزن جلي موضع بالشام * البويرة بوزن لفظ مصغر بالدار موضع

(ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر) لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه فلما تخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه (وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم) لما بينا (ويقصون بالرمي الكفار) لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابه منهم لادية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لاتقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه * اما الجهاد فمبنى على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال (ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكريا عظيما يؤمن عليه) لان الغالب هو السلامة والغالب كالمحقق (ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايطة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لاتسافروا 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 يلبق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فاما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع المفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباذعة والخدعة فان كانوا لابد مخرجين فبالاماء دون الحرائر (ولاتقاتل المرأة الاباذن زوجها ولا العبد الاباذن سيده) لما بينا (الا ان يهجم العدو على بلد) الضرورة (وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمشوا) لقوله عليه السلام لاتغلو لاتغدروا ولا تمشوا * والغلول السرقة من المغنم * والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى) لان المبيع المقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم * ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيع عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى من قتل الصبيان والترارى وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال

قسوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير * وقال الحسن بن زياد اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلقى بهذا الصنع لم يحل ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين وكان مراعاة جانب المسلم اولى * ولكننا نقول امرنا لقتالهم ولو اعتبرنا هذا المعنى ادى الى سد باب القتال معهم فان حصونهم ومدائنهم قل ما تخلو عن مسلم عادة ولانه يجوز لنا ان نفعل ذلك بهم وان كان فيهم نساء وهم وصبيانهم فكما لا يحل قتل المسلم لا يحل قتل نساءهم وصبيانهم كذا في المبسوط **قوله** عن بيضة الاسلام اى مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعام وغيرها وهوانها مجتمعة كما ان تلك مجتمعة الولد كذا في المغرب **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام **قوله** وما اصابه منهم لادية عليهم ولا كفارة * وقال الشافعي فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم وانا نقول اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعلا خطأ بل كان مباحا مطلقا والمباح المطلق لا يوجب الكفارة والدية كذا في المبسوط * فان قيل ينبغي ان تجب الدية عليهم لقوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مقرر اى مبطل * قلنا خص عن هذا الحديث قاتل قطع الطريق والبغاة فيخص المتنازع فيه لضرورة اعلان كلمة الله **قوله** بخلاف حالة المخمصة اى يجب الضمان اذا اكل مال الغير حالة المخمصة وهذه هي التي قاس عليها الحسن بن زياد فقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا يفتى الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لكان الضرورة فيجب الضمان هذا بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع عن تناول مال الغير مخافة الضمان لان فيه احياء نفسه * اما الجهاد فلان بناء على اتلاف نفس سواد الكفار وقد يكون مسلمون فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن القتال وهو فرض **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لتقدم حق الدولى والزوج **قوله** والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر قال عليه السلام لاتمثلوا بنامية الله تعالى اى بخلق الله تعالى * وروى عن عمران بن الحصين رضى الله عنه انه قال ما قام رسول الله عليه السلام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد المحرمة كذا في المبسوط **قوله** ولا شيخا فانيا ذكر في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الفاني الذى لا يقدر على القتال ولا على الصياع عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال لانه اذا كان قادرا على الاحبال يجي منه الولد فيكثر من يحارب المسلمين **قوله** والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد الى قوله والحجة عليه ما بينا اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق اى لو كان نفس الكفر علة لقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف **قوله** والترارى اى النساء مهنا

هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال (الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى في الحرب او تكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيع حقيقة (ولا يقتلوا مجنونا) لانه غير مخاطب الا ان يقاوم فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما بقلاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه * وان كان يحن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح (ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفان ولانه يجب عليه احياءه بالاتفاق فيناقضه الاطلاق في افنائها (فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لان المقصود يحصل بغيره من غير افتحامه الماثم * 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 اما بيننا فهذا اولي

باب الموادعة ومن يجوز امانه

(واذا رأى الامام ان يصلح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله * وواعد رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان تضع الحرب بينه وبينهم عشرين سنة ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان غيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن غيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبيذ اليهم وقتلهم) لانه عليه السلام نبيذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان الصلحة لما تبدلت كان النبيذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبيذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في اليهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبيذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبيذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفى الغدر قال (وان بدوا 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 سعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقتلوا 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 (واذا رأى الامام موادعة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به) لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كانت بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لا يجوز

قوله هاه هي كلمة تعجب قوله الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى في الحرب وقد نصح ان النبي عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة * وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأى كذا في الذخيرة قوله فان ادركه امتنع عليه وذكر في الذخيرة واذا ظفر الابن بابيه في الصف لا ينبغي ان يقصده بالقتل * ولا ينبغي ان يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه يلجئه الى موضع يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله ولو كان المشرك اخاه له ان يبتدئ بقتله * فان قيل قد سوى بين الاخ الباغى والاب الباغى حتى لا يحل للمعاذل ان يبتدئ كل واحد منهما بالقتل فلم فرق هنا بينهما * قلنا الاخ اذا كان مسلما يجب احياءه بالاتفاق عليه وكذا يجب احياءه بالكفى عن قتله وان كان باغيا واذا كان كافرا لا يجب احياءه بالاتفاق عليه فكذا لا يجب احياءه بالكفى عن قتله بخلاف الوالدين فانه يجب احياءهما اذا كانا كافرين بالاتفاق عليهما فكذا يجب احياء الكفى عن قتلها

باب الموادعة ومن يجوز امانه

قوله واذا رأى الامام ان يصلح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولا يجب عليه لان الصلح انما شرع نفعا في حق المسلمين فلو وجب لصار حقا عليهم فينقلب الحكم على عكسه وهذا كالاصلطباد شرع حقالنا فلو وجب لصار حقا علينا * فان قيل الآية عامة تقتضى ان لا يكون في الصلحة باس سواء كانت مصلحة اولم تكن وقد قيدت بالمصلحة فلنا هذه الآية محمولة على ما اذا كانت في المصلحة مصلحة للمسلمين بدليل آية اخرى وهي قوله تعالى فلا تنهوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والايلازم التناقض لان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالصلحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكر في الكتاب قوله ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشر سنين فكانت هذه المدة من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص قوله لتعدى المعنى وهو دفع الشر لها انه يحتمل ان يكون مصلحة المسلمين فيما زاد على عشرين سنين بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يواعدهم لقوله تعالى فلا تنهوا وتدعوا الى السلم ولان قتال المشركين فرض وترك ما هو فرض من غير عند لا يجوز قوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى اما صورة فظاهر حيث ترك القتال واما معنى فانه لم تكن فيه مصلحة للمسلمين لم تكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى ايضا

قوله اذا بينا من قبل ان المقصود من الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى لاسباب الاموال الا ان اخذ المال يجوز لحاجة المسلمين كالجزية قوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب قوله ولو اخذوا من غير معصوم وفي الرد عليهم معونة لهم على القتال قوله الا اذا خاف الهلاك اي اذا خاف الامام الهلاك على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذ لا بأس ان يفعل ما يراه ان يفر من الموت والاشدبدا بعث رسول الله عليه السلام الى عيينة بن حصن وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان قال الله تعالى هنالك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلازلا اشديدا بعث رسول الله عليه السلام الى عيينة بن حصن وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابي الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله عليه السلام قام سيد الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عباد رضي الله عنهما وقال يا رسول الله ان كان هذا وحيا فامض لما امرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطعمون في ثمار المدينة الا شري او قري فاذا اعزنا الله تعالى بالدين وبعث فينا رسوله نعطهم الدنيا لأنعطهم الا بالسيف فقال عليه السلام ابي رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتهم وذلك اذهبوا ولا نعطكم الا بالسيف فقد مال رسول الله عليه السلام الى الصلح في الابتداء لما احسن الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع من ذلك * وقد كان رسول الله عليه السلام يعطى المؤلفة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل انه لا بأس بذلك من خوف الضرر كذا في المبسوط قوله لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن وفي هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بقتل غيره لا يجب عليه دفع الهلاك عن نفسه بقتل غيره بل الصبر على القتل الغير واجب لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بالزنا فكان معنى المذكور في الكتاب لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن سوى المستثنيات التي لا اباحة في مباشرتها او خص فيها ولم يجب الاقدام عليها يقال مار اهله اي اتاهم بالطعام *

كتاب الحدود (٢٢٣) كتاب السركة
 لما بينا من قبل * ولما اخذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يحسبها ويقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى (واما المرتبون فيوادعهم الامام حتى ينظروا في امرهم) لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين (ولو اخذ لم يرد) لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا المودعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن (ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم) لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وهمل اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك * وكذا الكراع لما بينا * وكذلك الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد المودعة لانها على شرف النقص او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يميز اهل مكة وهم حرب عليه

فصل

(اذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم) والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح قال (الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم) كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه * ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بينا

فصل

قوله صح امانهم هذا من قبيل اضافة المصدر الى المفعول وهو جماعة الكفار او اهل الحصن منهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون يتكافأ دماؤهم اي يتساوى في حكم القصاص والدنية لافضل لشريف على وضيع فيكون دليلا على مساواة العبد الحر في حكم القصاص ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم لانه ينكر الادنى ويراد الاقل قال الله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكسر ويقال ادنى الجمع ثلاثة ثم المراد من الاقل ههنا الواحد لانه لا اقل منه * وسئل محمد عن ذلك فقال ادنى المسلمين العبد * ولكننا نقول ادناهم اقلهم فيكون دليلا على صحة امان الواحد * وقيل المراد الفاسق لانه لا يظن برسول الله عليه السلام ان ينسب العبد الورع الى الدناءة * وقيل معناه اقربهم الى اهل الحرب وهو من يسكن الثغور مشتق من الدنو وهو القرب لامن الدناءة كذا في المبسوط قوله ولانه من اهل القتال اي ولان كل واحد من الرجل والمرأة فانها ايضا من اهل القتال بالتسبيح وهو اما بالمال او بعبدها واما قوله عليه السلام ما كانت هنه تقاتل اي بنفسها وفي المبسوط وروى ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها امنت زوجها ابا العاص بن الربيع فاجاز رسول الله عليه السلام امانها قوله لملاقاته محله اي لملاقاة الامان محله لان محل الامان هو محل الحرب وهو موجود فيهما على ما ذكرنا ثم يتعدى الى غيره اي الايمان يتعدى الى غيره اي غير الذي آمن من اهل الاسلام كما في شهادة هلال رمضان فيلزم عليه الصوم اولا ثم يتعدى منه الى غيره ولذلك تقبل شهادة الفرد فيه لانه غير متهم ولان سببه وهو الايمان اي التصديق بالقلب لا يتجزى فكذا الامان لا يتجزى كولاية الانكاح فانه اذا وجد الانكاح من الاولياء المتساويين في الدرجة يلزم صحة النكاح في حق كل الاولياء لان سبب الولاية وهو القرابة غير متجزى فلا تتجزى الولاية * نظيره الصغيرة اذا كان لها اخوان يكون لكل واحد منهما ولاية التزويج فكذلك ههنا

ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا (ولا يجوز امان ذمي) لانه منهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال (ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم) لانها مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولا يهاجمون عليه فيعري الامان عن المصلحة ولا يهاجمون الامان فيقتلونه اسيرا او تاجرا فيتلصصون بامانه فلا يفتتح لنا باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها لا يصح امانه لها بيننا (ولا يجوز امان العبد المحجور عند ابي حنيفة الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح) وهو قول الشافعي * وابويوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية * لحمد قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رضى الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الامان فلا يمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة انما يصح امان العبد المحجور على اعتبار ان يكون فيه نفع للمسلمين قوله والامان نوع قتال لان المقصود بالقتال دفع شرهم عن المسلمين وبالامان يحصل ذلك فيكون نوع قتال له وفيه ما ذكرناه اي في امان العبد المحجور ما ذكرنا في قتاله من انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه قوله فانه بمنزلة الدعوة اليه اي الامان المؤبد بمنزلة الدعوة الى الاسلام وللعباد والاية عرض الاسلام على غيره قوله واسقاط الغرض نفع محض فيصح منه كقبول الهبة والصدقة والامان يتعدد بين النفع والضرر ولهذا لا يفترض الاحابة اليه والتصرف الذي فيه توهم الضرر في حق المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فمافيه الضرر وبالمسلمين ببطان حقه في الاستغنام اولي ان لا يملكه بنفسه *

قوله ويؤدبه الامام اي يؤدب النبي امن لافتياته على رأى الامام واستبداده برأيه افتعال من الفت وهو سبق قوله لما بينا اي من ان الامان يختص بمحل الخوف وهم لا يخافون المسلم في دار الحرب ولم يهاجر قوله ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة الا ان يأذن له مولاه في القتال امان العبد المأذون له في القتال صحيح بالاتفاق لما روى ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرجع ذلك الى عمر رضى الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل قوله وبالمؤبد من الامان وهو عقد النعمة يعنى اذا عقد حربي عقد النعمة مع العبد وقيل الجزية وقيل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجرى عليه احكام اهل النعمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قتله واعتبار وقت النعمة في اخذ الجزية من وقت العقد مع العبد قوله فلا يمان لكونه شرطا للعبادة يشير الى قوله ولانه مؤمن ممتنع فيصح جعل كونه مؤمنا ممتنعا علة لصحة امانه يعنى انما شرط الايمان لان الجهاد عبادة والكافر ليس باهل لها وشرطنا الامتناع اي كونه ذا امتناع وقوة ليكون الامان من محله وهو الذي يخاف منه بخلاف امان الاسير او التاجر الذي في ايديهم حيث لم يصح لانهم لا يخافونه قوله والتأثير اعزاز الدين اي الفائدة في هذا الامان اعزاز الدين واقامة المصلحة لجماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة انما يصح امان العبد المحجور على اعتبار ان يكون فيه نفع للمسلمين قوله والامان نوع قتال لان المقصود بالقتال دفع شرهم عن المسلمين وبالامان يحصل ذلك فيكون نوع قتال له وفيه ما ذكرناه اي في امان العبد المحجور ما ذكرنا في قتاله من انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه قوله فانه بمنزلة الدعوة اليه اي الامان المؤبد بمنزلة الدعوة الى الاسلام وللعباد والاية عرض الاسلام على غيره قوله واسقاط الغرض نفع محض فيصح منه كقبول الهبة والصدقة والامان يتعدد بين النفع والضرر ولهذا لا يفترض الاحابة اليه والتصرف الذي فيه توهم الضرر في حق المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فمافيه الضرر وبالمسلمين ببطان حقه في الاستغنام اولي ان لا يملكه بنفسه *

باب الغنائم وقسمتها

الغنيمة عن ابي عبيدة مائيل من اهل الشرك عنوة والحرب قائمة * وحكما ان تخمس وسايرها بعد الخمس للغنائمين خاصة * والفقهاء ما نيل منهم بعد مانتع الحرب او زارها وتصير الدار دار الاسلام * وحكمه ان يكون لكافة المسلمين ولا يخمس * والنقل ما ينقله الغازي اي يعطاه زائدا على سهمه وهو ان يقول الامام او الامير من قتل فتبلا فله سلبه او قال للسرية ما اصبتهم فهو لكم اوربعه او نصفه ولا يخمس وعلى الامام الوفاية * وعن علي بن عيسى الغنيمة اعم من النقل والفقهاء اعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من اموال اهل الشرك * قال ابو بكر الرازي فالغنيمة في الجزية في مال اهل الصلح في الخراج في لان ذلك كله مما افاء الله على المسلمين من المشركين وعند الفقهاء كل ما يحل اخذه من اموالهم فهو في قوله عنوة اي قهرا * العنوة الذلة والخضوع وقوله قهرا ليس بتفسير لها لان عنى لازم وقهر متعد بل بطريق المجاز لان من الذلة يلزم القهر قوله كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر هذا الفعل منه ليس بحتم والاماخالفة عمر رضى الله عنه

باب الغنائم وقسمتها

(واذا فتح الامام بلدة عنوة) اي قهرا (فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين) كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر (وان شاء اقر اهلها عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضى عنه بسواد العراق

بموافقة من الصحابة قرضى الله عنهم ولم يحد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة في اختيار * وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار * اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما روينا * ولان فيه نظرا لانهم كالكرة العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة والمؤون مرتفعة مع ما انه يحظى به الدين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد حل مالا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكرامة قال (وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه مسم مادة الفساد (وان شاء استرقهم) لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام (وان شاء تركهم احرازمة للمسلمين) لما بينا (الامشركى العرب والمرتدين) على ما نبين ان شاء الله تعالى (ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لانتفاع الشر بدونهم (وله ان يسترقهم) توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينغقد السبب بعد (ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة وقالوا يفادى بهم اسارى المسلمين) وهو قول الشافعي لان فيه تخلص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شره اياه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف اليها والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف اليها اما المفادات بهال يأخذ منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا * وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه

قوله بموافقة من الصحابة وهو ما روى انه لما استولى على العراقيين والسواد شاور الصحابة قرضى الله عنهم في ارضها * فقال بعضهم هي غنمية فانقسموا بين الغانمين وقال بعضهم بخلاف ذلك فتوقف عمر رضى الله عنه في ذلك فرجع الى القرآن فلما جاء من الغد قال وجدت في كتاب الله تعالى ما استغنى به عن رأيكم فانه قال والذين جاؤا من بعدهم الآية فلو قسمتها بينكم فيما يكون لمن يجيء بعدكم فاتفقوا على ذلك الاعدد يسير منهم بلال رضى الله عنه قوله ولم يحد من خالفه كبلال واصحابه رضى الله عنهم فروى انه قال على المنبر اللهم كفى بلالا واصحابه فما حال الحول حتى ماتوا * فان قيل كيف ينغقد الاجماع مع خلافهم * قلنا لان اعتبار خلافهم مع اجماع اهل الفقه لانهم اصحاب الظواهر قوله وفي كل من ذلك قدوة اي في كل من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل عمر رضى الله تعالى عنه قوله اما في المنقول المجرد قيد بالمجرد لانه يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية للعقار قوله لان في المن ابطال حق الغانمين اي على مذهبننا لاننا نقول بثبوت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بل نقول بثبوت الحق للغانمين قوله او ملكهم اي على مذهب الشافعي فانه يقول بثبوت الملك لهم بنفس الاصابة قوله بخلاف الرقاب فالحق لم يتأكد في رقابهم الا ترى ان له ان يقتلهم فكذلك يكون لان يمن على رقابهم بجزية يأخذها قوله والحجة عليه ما روينا اي من فعل عمر رضى الله عنه قوله ليخرج عن حد الكرامة * ذكر الامام التمر تاشي فان من عليهم برقابهم وارضيتهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضى بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به تربية العمر الا ان يدفع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضى قوله وان شاء تركهم احرازمة للمسلمين لما بينا اشارة الى قوله كذلك فعله عمر رضى الله عنه بسواد العراق * فان قيل ينبغي ان لا يثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى واقتلوا من حيث وجدتموهم قلنا خص من هذه الآية اهل الذمة والمستأمنون والنساء وغير ذلك فيخص المتنازع فيه عنها بفعل عمر رضى الله عنه قوله ولا يفادى بالاسارى المفادات بين الاثنين فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة اي لا تؤخذ فدية بمقابلة اطلاق الاسارى التي في ايدي المسلمين * فعند الشافعي حكمهم احد الاربعة القتل والاسترقاق والفداء بالمال او بالاسارى والمن * وعند ابي احد الامور الثلث الاولان والفداء بالاسارى * وعند ابي حنيفة احد الامرين الاولين قوله لما بينا اشارة الى قوله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا

قوله ولا يجوز المن عليهم خلافا للشافعي المن ان يطلقهم
بما هو يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم
بدر * ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم *
وما رواه منسوخ بما تلونا لان سورة براءة من آخر ما نزل
قد تضمنت وجوب القتل بكل حال فكان ناسخا لقوله
ولا يعقرها خلافا للمالك ولا يتركها * وقال الشافعي يتركها لانه
عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة قوله بخلاف التعريق
قبل الذبح لانه منى عنه في الحديث لا يعذب بالنار الا ربها
قوله واصله اى واصل الخلف قوله وتبتنى على هذا
الاصل عدة من المسائل * منها ان احدا من الغانمين لو وطى
امة من السبى فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده وصارت
الامة ام ولد * وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب
العقر وتقسيم الامة والولد والعقر بين الغانمين * ومنها جواز
البيع ومشاركة المدد والارث اذا مات احدهم قبل القسمة
قوله ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب
والخلاف ثابت فيهما في البيع والقسمة بيع معنى لاشتمالها
على الارزاق والبدالة لاحالة فتحته اى تدخل القسمة تحت
النهى قوله ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة
اذا قسم الامام لاعن اجتهاد اى ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت
القسمة عن الامام بدون الاجتهاد بانها هل يثبت حكم الملك
لمن وقعت القسمة في نصيبه من الاكل والوطى * وسائر الانتفاع
ام لا فعلى قوله يثبت * وعندنا لا يثبت ثم علل بقوله لان حكم
الملك لا يثبت بدونه اى بدون الملك فلما ثبتت الاحكام عنك
من الاكل والوطى * وغيرها بهذه القسمة الصادرة لاعن
اجتهاد علمنا ان الملك كان ثابتا له قبل القسمة كما اذا كانت
التركة بين الورثة فانه انما تثبت احكام الملك من الانتفاعات
اذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل القسمة فكذا
هنا على قوله وعندنا لا يثبت بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد
من حكم الملك شى لان الملك لا يثبت قبل هذه القسمة فلا
يثبت حكم الملك من الانتفاع بهذه القسمة * ثم انما قيد القسمة
بقوله لاعن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا
جاز بالانفاق * وذكر في المبسوط وان قسمها في دار الحرب
جاز لانه امضى فضلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد فيه نافذ *
وقيل الكراهة اى حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا
الكراهة لاعدم الجواز * وذكر في المبسوط * وقيل من مذهبنا
كراهة القسمة في دار الحرب لا بطلان القسمة لما في القسمة من
قطع شركة المدد فتقل بهار غبتهم في اللعوق بالجيش ولانه
اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امر وراه
ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها قوله ووجه الكراهة
ان دليل البطلان راجح بدليل عدم الملك بمجرد الاستيلاء
بالدليل الذى ذكرنا وان دليل البطلان محرم والمحرّم راجح
على المبيح الا انه تقاعد عن سلب الجواز لان الاجماع ثابت
في الجملة اما عند الشافعي * يجوز بكل حال واما عندنا اذ ارأى
الامام المصلحة فاذا لم يسلب الجواز لا يكون ادنى حالا من
ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل اصله
من معارضة الدليلين من الدليل الراجح والمرجوح الكراهة
كما في سور الهرة فانه لما قام الدليل على الحرمة والحل ولم يعمل
دليل الحرمة في سلب الحل لم يتقاعد عن ايراث الكراهة كذا
هنا قوله وهو بناء على ما ههنا من الاصل وهو ان السبب
هو الاخذ والملك يثبت بنفس الاخذ * وعندنا السبب هو
القهر وتمام القهر بالاخراج بدار الاسلام فاذا شارك المدد
الجيش في الاخراج الذى به يتم السبب يشاركونهم في تأكيد
الحق به كما لو التحقوا بهم في حال القتال كذا في المبسوط

قال (ولا يجوز المن عليهم) اى على الاسارى خلافا للشافعي
فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى
يوم بدر * ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز
اسقاطه بغير منفعة وعوض * وما رواه منسوخ بما تلونا
(واذا اراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها
الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال
الشافعي يتركها لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة *
ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من
كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لتقطع منفعته عن الكفار
وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منى
عنه وبخلاف العقر لانه مثله وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق
منها يدفن في موضع لا يقبى عليه الكفار ابطلا للمنفعة عليهم
(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار
الاسلام) وقال الشافعي لا بأس بذلك * واصله ان الملك
للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعند
يثبت * وتبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها
في كفاية المنتهى ل ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على
مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات
اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع
الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى
فتدخل تحتها لان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني
منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا * ثم قيل موضع
الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لاعن اجتهاد
لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهى كراهة
تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابى حنيفة وابى 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
(والرد والمقاتل فى العسكر سواء) لاستوائهم في
السبب وهو المجاوزة او شهود الواقعة على ما عرف وكذلك
اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا (واذا لحقهم المدد فى
دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام
شاركوهم فيها) خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء
على ما ههنا من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا
بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها
لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

قال (ولاحق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا) وقال الشافعي في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه الصلوة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد * ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا اوراجلا عند القتال * وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه اوتأويله ان يشهدا على قصد القتال (وان لم تكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يجمعها منهم فيقسمها) قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين اول بعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابة في مغارة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب) لانه لا ملك قبلها * وفيه خلاف الشافعي وقد بينا الاصل (ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلاحق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته) لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعك * وقال الشافعي من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عندك وقد بيناه قال (ولا بأس بان يعلق العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) قال رضى الله عنه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في اخرى * وجه الاولى انه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به الا الحاجة كما في الثياب والدواب * وجه الاخرى قوله عليه الصلوة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطة فبقى على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصعبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت *

قوله ولاحق لاهل سوق العسكر لاسهم لهم ولا رخص لان قصدهم التجارة لارهاب العدو واعزاز الدين قوله فانعدم السبب الظاهر وهو مجاوزة الحرب على قصد القتال قوله وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه وذلك ليس بصحة عند بعض مشايخنا خصوصا على اصل الشافعي فان عنده لا يقبل الصحابي قوله لانه ابتداء اجارة ام من كل وجه هذا احتراز عن اجارة مستأنفة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسألة السفينة فان من استأجر سفينة شورا فمضت البدة في وسط البحر فانه تنقذ عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضاه المالك كذا في المحيط قوله ويجبرهم في رواية السير الكبير ذكر فيه ويستوى في ذلك ان رضى به اصحاب الحمولة او ابوا اذا كان بهم غنى عن تلك الحمولة لانهم بهذا الالباء قصدوا التمتع فان في هذا الاستيجار منفعة لهم من حيث انه تحصل لهم الاجرة بقبالة منفعة لا تبقى لهم بدون هذا الاستيجار وفيه منفعة للغانمين ايضا فكلوا متعتين في الالباء والقاضي لا يلتفت الى ابناء التمتع ولان الاستيجار وبقاء الاجارة عند تحقق الحاجة صحيح من غير الامير فمن الامير اولى * وبيناه في استيجار السفينة على ما ذكرنا وكذلك استيجار الاوعية لحمل المائع فيها مدة معلومة اذا انتهت البدة وهم في المغارة وكذلك اذا استأجر دابة لحمل الامتعة من موضع الى موضع مدة معلومة فانتهت البدة وهم في المغارة او مات صاحب الدابة فانه يتبدى العقد بعد انتهاء البدة ويبقى بعد الموت في هذه المواضع باجر المثل وبالمسمى في حالة البقاء وكان ذلك لاجل الحاجة فكذلك في الغنائم اذا تممقت الحاجة الى حملها * فان قيل جواز البناء لا يدل على جواز الابتداء بلا رضاه لان البناء اسهل من الابتداء * قلنا لا فرق بينهما لانه في الحالين يتملك منافع العين باجر المثل لصيانة المال بلا رضاه قوله وقد شرطها في رواية ذكر في المحيط فقد قيد محمد في السير الصغير الاباحة بطعام الغنيمة وعلفها بالحاجة * وفي السير الكبير اباح الانتفاع عليه بحاجة وبغير حاجة فصار في المسئلة روايتان فما ذكره في السير الصغير جواب القياس وما ذكره في السير الكبير جواب الاستحسان حتى ان على رواية السير الكبير يستوى فيه الغنى والفقر في حل الانتفاع * ثم قال وكما يجوز للغازي ان يأخذ من طعام الغنيمة وعلفها مقدار كفايته يجوز له ان يأخذ منها مقدار ما يكفي عبده الذين دخلوا معه ويقومون على دوابهم وحفظ رجالهم وكذلك يأخذون لسائهم وصبيانهم الذين دخلوا معهم ولو كان رجل دخل دار الحرب ليخدم بعض الجندي باجر فلا يباح له ان يتناول شيئا من الغنيمة وكذلك من دخل دار الحرب للتجارة قوله وعلف ظهره اى دابته ولفظ الظهر مستعار لها * والميرة الطعام قوله والدابة مثل السلاح اى تعتبر الحاجة فيها والطعام كالخبز والذيت اى البراد بالطعام ما هو الهيا للاكل * وفي المحيط وان وجدوا غنما فلا بأس بان يذبحوها ويأكلوها ويردوا جلودها في الغنيمة * وذكر هذا الحكم في السير الكبير في الجزور وفي الايضاح في البقر * فعلم بهذا ان الهيا للاكل وما هو غير مهى سواء في اباحة تناول الغازي وان اصابوا سمسما اوزيتا ودهن سمسوم وفاكهة يابسة اورطبة اوسكرا او بصلا او غير ذلك من الاشياء التي تؤكل عادة للتعيش لا بأس بالتناول منها قبل القسمة ولا يجوز ان يتناول شيئا من الادوية والطيب ودهن البنفسج * وذكر في الايضاح انما لا يجوز تناول منها لان هذه الادهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الاصلية بل تستعمل للزينت وكلما لا يؤكل ولا يشرب لا ينبغي ان ينتفع منه بشئ قل او اكثر لقوله عليه السلام ردوا الخبيطة والديخيط

قال (ويستعملوا الحطب) وفي بعض النسخ الطيب (ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة) لمساس الحاجة الى جميع ذلك (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلاقسمة) وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه (ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئاً) ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالبيع له الطعام * وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنمية 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 ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الجوائح قال (ومن اسلم منهم) معناه في دار الحرب (احرز باسلامه نفسه) لان الاسلام ينشأ ابتداء الاسترقاق (واولاده الصغار) لانهم مسلمون باسلامه تبعاً (وكل مال هو في يده) لقوله عليه السلو والسلام 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 ظهر ناعلى دار الحرب فعقاره في) وقال الشافعي قوله لانه في يده فصار كالمقول * 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 الآخر * وفي قوله محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت (وزوجته في) لانه كافر حريته لا تتبعه في الاسلام (وكذا حملها في) خلافاً للشافعي هو يقول انه مسلم تبعاً كالمفصل * ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للملك تبعاً لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك (واولاده الكبار في) لانهم كفار حرييون ولا تبعية (ومن قاتل من عبيده في) لانهم لا يرد على مولاهم من يكفصار تبعاً لاهل دارهم

قوله ويوقحوا به الدابة توقيع الدابة تصليب حافرها بالشحم المتداب اذا حفي اى رقى من كثرة المشى والراء خطأ كذا في المغرب قوله وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح لانه اذا احتاج الغازى الى استعمال سلاح الغنمية بسبب صيانة سلاحه لا يجوز * وقال في الايضاح ولا ينبغي ان يستعمل شيئاً من الاسلحة والدواب ليقى بذلك سلاحه ودوابه لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة ولا حاجة مع وجود الملك قوله وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصعبه قوله يباح له الانتفاع في الفصلين اى في فصل الثياب والسلاح قوله وان احتاج الكل يقسم في الفصلين اى في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب والمتاع قوله ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب * انما قيد بهذا لانه لو هاجر الى دار الاسلام واسلم لا يصير ماله واولاده في دار الحرب محرراً باسلامه * وذكر في الفوائد الظهيرية * وهنا مسائل اربع * احدىها اذا اسلم الحر في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهرنا على الدار فالحكم فيها ما ذكرناه لا يغم نفسه واولاده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى آخره * والمسئلة الثانية الحربي اذا دخل دارنا بامان واسلم ثم ظهر المسلمون على داره فاهله وماله وجميع ما خلفه في دار الحرب من اولاده الصغار في * والثالثة اذا اسلم الحر في دار الحرب ثم دخل دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على داره فجميع ماله هناك في * الا اولاده الصغار * والرابعة اذا دخل المسلم دار الحرب بامان واشترى منهم اموالاً وله اولاد استصحبهم مع نفسه في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار * فالجواب فيه على نحو ما بينا في حربي اسلم في دار الحرب ثم وقع الظهور على الدار الا في فصلين احدهما ان اولاده الكبار هنا لا يصيرون شيئاً لانهم مسلمون * والثاني ان ما كان وديعته عند حربي لا يصير شيئاً على رواية ابي سليمان وعلى رواية ابي حفص يصير شيئاً قوله لانه في يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب محترمة احتراز عن يد الحربي

(وما كان من ماله في يد حربى فهو فى) غصبا كان او ودیعة لان يده ليست بمحرمة (وما كان غصبا في يد مسلم او ذمی فهو فى عند ابى حنیفة وقال محمد لا يكون فیئاً) قال العبد الضعیف عصمه الله كذا ذكر الاختلاف فی السير الكبير وذكروا فی شروح الجامع الصغير قول ابى يوسف مع محمد * له ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فیتبها ماله فیها * وله انه مال مباح فیملك بالاستیلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض فی الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للملك وليست فی يده حكما فلم تثبت العصمة (واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم یجز ان یعلفوا من الغنیمة ولا یأكلوا منها) لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى یورث نصیبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنیمة) معناه اذا لم تقسم * وعن الشافعی مثل قولنا * وعنه انه لا یرد اعتبارا بالمتلصص * ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنیاء وانتفعوا به ان كانوا محايير لانه صار فی حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمین وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قیمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنیمة فالغنى یتصدق بقیمته والفقیر لاشئ علیه لقیام القیمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل فی كيفية القسمة

قال (ویقسم الامام الغنیمة فیخرج خمسها) لقوله تعالى فان لله خمسة استثنى الخمس (ویقسم الاربعة الاخماس بین الغانمین) لانه علیه الصلوة والسلام قسمها بین الغانمین (ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند ابى حنیفة (وقال للفارس ثلاثة اسهم) وهو قول الشافعی لما روى ابن عمر رضی الله عنهما ان النبى علیه الصلوة والسلام اسهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهمان ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غیر * ولاى حنیفة ما روى ابن عباس رضی الله عنهما ان النبى علیه الصلوة والسلام اعطى الفارس سهمین والراجل سهمان فتعارض فعلا فیرجع الى قوله وفي قال علیه الصلوة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم وقد روى عن ابن عمر رضی الله عنهما ان النبى علیه الصلوة والسلام قسم للفارس سهمین

قوله وما كان من ماله في يد حربى فهو في غصبا كان او ودیعة لان يده ليست بمحرمة لانها لا تدفع استغنام المسلمين عن ماله فكذا عن هذه الودیعة وما كان غصبا في يده سلم او ذمی فهو في عند ابى حنیفة وقال لا يكون فیئاً قال رضی الله عنه كذا ذكر الاختلاف فی السير الكبير وذكروا فی شرح الجامع الصغير قول ابى يوسف مع قول محمد * قال صاحب النهاية هكذا وقع لفظ الهداية فی بعض النسخ وهذا لا یصح اصلا لانه لو كان الاختلاف هكذا فی ذینك الكتابین لقال كذا ذكر الاختلاف فی السير الكبير والجامع الصغير ولما احتج الى ذكر قوله وذكروا فی شرح الجامع الصغير قول ابى يوسف مع قول محمد رحمه الله لانه حیثئذ يكون تكرارا محضا مع تطویل بغير فائدة ووقع فی بعضها وقال محمد لا يكون فیئاً مكان قوله وقال مع ابى حنیفة مكان قوله مع محمد * ثم قال ولكنى تتبعت بتوفیق الله تعالى الاقوال فوجدتها كما هو حقها فی الكتب ثم وضعتها كما یوضع الهناء مواضع الثقب * قلت والصحيح من النسخ هو ان یقال وما كان غصبا في يد مسلم او ذمی فهو في عند ابى حنیفة * وقال محمد لا يكون فیئاً لان رواية السير الكبير هكذا وهكذا ايضا فی المحيط ولم ینكر فیها قول ابى يوسف والصحيح ايضا فی الثانی هو ان یقال وذكروا فی شرح الجامع الصغير قول ابى يوسف مع محمد رحمه الله تعالى لان الامام فخر الاسلام البزدوی ذكر فی الجامع الصغير ولو كان ودیعة عند حربى او غصبا عند مسلم او ذمی او ضاعفا فهو في * وهذا قول ابى حنیفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا يكون فیئاً * وهكذا ايضا ذكر فی الجامع الصغير لقاضيخان والنيرتاشى وغيرهما قوله الا ترى انها ليست بمتقومة حتى لم یجب القصاص والدية على قاتلها فی دار الحرب قوله وليست فی يده حكما لان يد الغاصب ليست بناهبة عن يد المغصوب منه فلا يكون ما فی يد الغاصب فی يد المغصوب منه حكما فیجعل كانه ليس فی يد احد فكان فیئاً قوله لتعذر الرد على الغانمین لقلته جدا اولتفرقهم *

فصل فی كيفية القسمة

قوله استثنى الخمس سماه استثناء من حيث ان حكمه یخالف حكم اربعة الاخماس كما ان حكم المستثنى منه یخالف حكم المستثنى * الغناء بالفتح والبدال اجزاء والكفاية * الكر الصلوة والجملة * والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لاجل ان يكون الكراشد كان هو من الجهاد او الفرار فی موضع الفرار محمود لئلا یرتكب النهی فی قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهاكة

وإذا تعارضت روايته ترجع رواية غيره ولأن الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفارس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه (ولا يسهم الا لفارس واحد) * وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم اسهم لفرسين ولأن الواحد قد يعنى فيحتاج الى الآخر * ولهما ان البراء ابن اوس قاذ فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفارس واحد ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر وهو المجاوزة مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد * وقال في الاسرار فالمدى معتبر على ما آل الامر من القتال فان الارهاب انما يحصل بخوفهم عافية امرهم من القتال يسهم على الافراس والقتال لا يتصور الاعلى فارس واحد فاذا علم ذلك حقيقة لم تقع زيادة ارباب بزياة الفارس قوله كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين احدهما على سبيل التنفيل لجده في القتال فانه قال عليه الصلوة والسلام خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا ابو قتادة رضى الله تعالى عنه * ونظيره نفقة الخادمين للمرأة قوله والبراذين والعتاق سواء انما ذكر هذا لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين وروايفيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذ * البرذون فارس العجم والجمع البراذين وخلصها العرب * يقال فارس عتيق اى معجب رافع والجمع العتاق * ويقال عتاق الطير والحيل كرائثهما * والهجين هو ما يكون ابوه من الكوادم وامه من العربي * المقرف ما يكون ابوه عربيا وامه من الكوادم * والكوادم البرذون يوكف ويشبهه بالبيد قوله في الفصل الثاني وهو ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقتل فارسا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة عليهما ان له سهم فارس * وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفارس كذا في المحيط قوله وهكذا معطوف على قوله وجواب الشافعي قوله والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اى مجاوزة الحرب * قال الخليل العرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا في المغرب * والبراد من الدرب ههنا البرزخ الحاجر بين الدارين اى دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوز الدرب دخل دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا في حدود دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب وهو تمام الحرب * وهذا رواية عن الشافعي * والظاهر من منبهه انه يعتبر مجرد شهود الواقعة كذا في النهاية قوله وتعليق الاحكام بالقتال الى آخره جواب بطريق المنع عن قولنا ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر ومن الاحكام ما اذا قتل في القتال سقط سهمه وكذا سقط غسله بالشهادة والعبد انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق قوله ولو تعذر او تعسر يريد به ولو سلم يعسر الوقوف تعلق بشهود الواقعة لانه اقرب الى القتال * فلنا الوقوف على حقيقة القتال متعذر فقد يتحقق القتال في الشاجر والغياض والمضايق وكذا على شهود الواقعة لانه حال التقاء الصفيين * وما ذكر من تعليق الاحكام فلنا ذلك في حكم الرضخ والرضخ ليس نظير السهم الا ترى انه غير مقدر بشئ * فلا يستقيم اعتبار السهم بما هو دونه كذا في الوسط قوله ولا معتبر بها بدليل انه

وإذا تعارضت روايته ترجع رواية غيره ولأن الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفارس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه (ولا يسهم الا لفارس واحد) * وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم اسهم لفرسين ولأن الواحد قد يعنى فيحتاج الى الآخر * ولهما ان البراء ابن اوس قاذ فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفارس واحد ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر وهو المجاوزة مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد * وقال في الاسرار فالمدى معتبر على ما آل الامر من القتال فان الارهاب انما يحصل بخوفهم عافية امرهم من القتال يسهم على الافراس والقتال لا يتصور الاعلى فارس واحد فاذا علم ذلك حقيقة لم تقع زيادة ارباب بزياة الفارس قوله كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين احدهما على سبيل التنفيل لجده في القتال فانه قال عليه الصلوة والسلام خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا ابو قتادة رضى الله تعالى عنه * ونظيره نفقة الخادمين للمرأة قوله والبراذين والعتاق سواء انما ذكر هذا لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين وروايفيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذ * البرذون فارس العجم والجمع البراذين وخلصها العرب * يقال فارس عتيق اى معجب رافع والجمع العتاق * ويقال عتاق الطير والحيل كرائثهما * والهجين هو ما يكون ابوه من الكوادم وامه من العربي * المقرف ما يكون ابوه عربيا وامه من الكوادم * والكوادم البرذون يوكف ويشبهه بالبيد قوله في الفصل الثاني وهو ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقتل فارسا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة عليهما ان له سهم فارس * وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفارس كذا في المحيط قوله وهكذا معطوف على قوله وجواب الشافعي قوله والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اى مجاوزة الحرب * قال الخليل العرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا في المغرب * والبراد من الدرب ههنا البرزخ الحاجر بين الدارين اى دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوز الدرب دخل دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا في حدود دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب وهو تمام الحرب * وهذا رواية عن الشافعي * والظاهر من منبهه انه يعتبر مجرد شهود الواقعة كذا في النهاية قوله وتعليق الاحكام بالقتال الى آخره جواب بطريق المنع عن قولنا ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر ومن الاحكام ما اذا قتل في القتال سقط سهمه وكذا سقط غسله بالشهادة والعبد انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق قوله ولو تعذر او تعسر يريد به ولو سلم يعسر الوقوف تعلق بشهود الواقعة لانه اقرب الى القتال * فلنا الوقوف على حقيقة القتال متعذر فقد يتحقق القتال في الشاجر والغياض والمضايق وكذا على شهود الواقعة لانه حال التقاء الصفيين * وما ذكر من تعليق الاحكام فلنا ذلك في حكم الرضخ والرضخ ليس نظير السهم الا ترى انه غير مقدر بشئ * فلا يستقيم اعتبار السهم بما هو دونه كذا في الوسط قوله ولا معتبر بها بدليل انه

لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام) لما روى انه عليه الصلوة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه الصلوة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعنى انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم ياحقهما فرضه *
والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبته * والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعهم المولى عن الخروج الى القتال * ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر * والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل اودل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزداد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد (واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الي اغنيائهم) * وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير * ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة * وقال عليه الصلوة والسلام بامعشر بنى 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 الصلوة والسلام اعطاهم المنصرة الا ترى انه عليه الصلوة والسلام علل فقال انهم لم يزالوا معى هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب المنصرة لا قرب القرابة قال (فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه الصلوة والسلام سقط بموته كما سقط الصفي) لانه عليه الصلوة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده * والصفي شئ كان عليه الصلوة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع اوسيف او جارية * وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة

لاعتبر صيرورته راجلا او فارسا بعد المجاورة عندنا وبعد شهود الواقعة او انقضاء الحرب عند الشافعي على اختلاف الاصليين وكذا بالاجماع لا يعتبر ببقاء الفرس الى حال تمام الاستحقاق حتى لو نفق فرسه بعد القتال قبل احرار الغنيمة استحق سهم الفرسان فكان المعتبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف فوت الفارس لانه المستحق ولا استحقاق بعد فوت المستحق **قوله** والاول ليس من عمله يعنى ان الدلالة ليست من الجهاد فجاز ان يزداد بها على سهم الجهاد ولا يلزم التسوية بينه وبين المسلم ولا كذلك القتال فانه لا تجوز فيه الزيادة على السهم لانه حينئذ تلزم المساواة بين المسلم والكافر ولا مساواة بينهما **قوله** علل فقال انهم لم يزالوا معى هكذا عن سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الخمس يوم خيبر وقسم سهم ذوى القربى بين بنى هاشم وبنى المطلب فكلم عثمان بن عفان وجبير بن مطعم رضى الله عنهما قال لا تنكر فضل بنى هاشم لمكانك الذى وضعك الله فيهم ولكن نحن وبنو المطلب فى القرب اليك على السواء فبا بالك اعطيتهم وحرمتنا فقال لم يزالوا معى فى الجاهلية والاسلام * ومعنى الحديث ان اصل النسب هو عبد مناف وكان له اربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله عليه السلام كان من اولاد هاشم فانه محمد بن عبد الله ابن عبد المطلب بن هاشم فكان بنو هاشم اولاد جده وجبير ابن مطعم كان من بنى نوفل وعثمان بن عفان كان من بنى عبد شمس وولد جد الانسان اقرب اليه من ولد اخ جده فاما بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بنى المطلب فى القرابة اسوة * وقيل بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا اقرب اليه من بنى المطلب لان نوفلا وعبد شمس كانا اخوي هاشم لاب وام والمطلب كان اخا هاشم لابييه لالامه ثم اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم لبنى المطلب ولم يعط لبنى نوفل وبنى عبد شمس فاشكل ذلك عليهما **قوله** دل على ان المراد من النص قرب المنصرة لا قرب القرابة وانما اراد نصرة الاجتماع اليه للموانسة فى حال ما هجره الناس على ما روى ان الله تعالى لما بعث رسوله من بنى هاشم ورأى القرىش آثار الخير فيهم حسنهم وتعاهدوا ان لا يجالسوا بنى هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعا اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقتلوه وتعاهد بنو هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل بنو نوفل وبنو عبد شمس فى عهد قرىش ودخل بنو المطلب فى عهد بنى هاشم حتى دخلوا معهم الشعب وكانوا فيه ثلث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا فى المبسوط **قوله** فاما ما ذكر الله تعالى فى الخمس وهو **قوله** تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسة كان ابن عباس رضى الله عنهما يقول سهم الله وسهم الرسول واحد فنكر اسم الله للتبرك ومفتاح الكلام * وقال ابو العالية يقسم على ستة اسهم سهم الله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت الغنيمة بقربها والى عمارة الجامع فى كل بلدة هى بالقرب من موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة الى الله تعالى وهذا السهم لله فيصرف الى عمارة البقاع المضافة الى الله تعالى

قوله والحجة عليه ما قدمناه وهو ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثه اسهم وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع * وبه تبين ان قسمة النبي عليه السلام ما كان بطريق الحتم واللزوم بل بطريق الجواز اذ لا يظن بهم خلافه عليه السلام يؤيده ما روى عنه عليه السلام سهم ذوى القربى لهم في حال حيوتى وليس لهم بعد مماتى ولان استحقاقهم كان بالنصرة وقد فانت بوفاته عليه السلام فيفوت الاستحقاق لا للانتساح بعد موته بل لعدم علمته وهى النصرة * فان قيل لا يجوز ان يتعلق الحكم بعين النصرة لثبوت الاستحقاق للنساء والذرارى وليسوا باهل النصرة * قلنا ما كانت هذه نصرة قتال وانما كانت نصرة اجتماع اليه في الشعب للموانسة في حال هجرة الناس ومثل هذا يكون للنساء والولدان على انهم تبع للرجال

قوله هذا الذى ذكره قول كرخى وهو انهم كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة وبعده بالفقراى يسقط الاغنياء بعد موته ولا يسقط الفقراء وهو الامح * وقال الطحاوى سهم الفقير منهم ساقط ايضا قوله كما حرم العمالة اى اذا كان العامل هاشميا قوله اما فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلاثة اى ايتام ذوى القربى يدخلون في سهم اليتامى وساكين ذوى القربى يدخلون في سهم الساكين وابن السبيل من ذوى القربى كذلك قوله فيه روايتان وجه الرواية الاخرى ان من لا منعة له لا يقدر على مغالبة الكفار وقهرهم فالماخوذ لا يكون غنيمية فلا يخمس ولان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا اعزاز الدين فصار واكتجار العسكر

فصل في التنفيل

قوله ولا بأس بان ينفل الامام ذكر بلفظ لا بأس وانه مستحب ذكر في المبسوط ويستحب للامام ان ينفل قبل الاصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتخريض على القتال قال الله تعالى يا ايها النبي عرض المؤمنين على القتال * فان قيل مطلق الامر للوجوب ولم يجب التنفيل * قلنا في التنفيل تخريض بعض الغزاة مع توهين البعض وتوهين المسلم حرام خصوصا في مثل هذا الوقت ولان التخريض بشئ منهم قد يكون ذلك التفضيل وقد يكون ذلك بذكر ثواب الآخرة فلو كان التخريض نفسه واجبا لا يلزم ان يكون التخريض المعين بالتنفيل واجبا * وفي الايضاح ويجوز التنفيل في سائر الاموال من الذهب والفضة وغير ذلك وكذلك يجوز في السلب وغير ذلك نحو ان يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له اوقال ما اصبتم فلكم منه الربع او النصف الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ * وذكر في السير الكبير اذا قال الامام لاهل العسكر جميعا ما اصبتم فهو لكم نفلا بعد الخمس فهذا لا يجوز لان المقصود من التنفيل التخريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل واما اذا عمهم فلا يحصل به ما هو المقصود بالتنفيل وانما في هذا ابطال السهمان التى اوجبها رسول الله عليه السلام وابطال تفضيل الفارس على الراجل وذلك لا يجوز * وكذا اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس فهذا لا يجوز لان فيه ابطال الخمس الذى اوجبه الله تعالى في الغنيمية وابطال الحق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز قال عليه السلام وهل تنصرون وترزقون الا بضعفاءكم والنفل ما ينفل الامام الغازى اى يعطيه راقدا على سهمه * وعن علي بن عيسى ان الغنيمية اعم من النفل والغنى اعم من الغنيمية لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من اموال اهل الشرك قوله فان فعله مع السرية جاز * وفي المبسوط فالسرية عدد قليل يسبرون بالليل ويكمنون بسانهار والجيش هو الجمع العظيم يعيىش بعضهم في بعض قال عليه السلام خير الاصعاب اربعة وخير السرايا اربعة وخير الجيوش اربعة الاف فكان التنفيل للسرية تنفيلاً لبعض الجيش ولهذا اذا بعث سرية عن دار الاسلام لا ينبغي ان تنفل السرية ما اصابوا قوله ولا ينفل بعد احراز الغنيمية الامن الخمس لانه لاحق للغنائين في الخمس لا يقال فيه ابطال حق الاصناف الثلاثة لانه انما جاز هذا باعتبار ان المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن فيه حينئذ

والحجة عليه ما قدمناه (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه الصلوة والسلام بالنصرة) لما روينا (وبعده بالفقر) قال العبد الضعيف عصيه الله تعالى هذا الذى ذكره قول كرخى * وقال الطحاوى 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 روى ان عمر رضى الله عنه اعطى الفقراء منهم * والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلاثة (واذا دخل الواحد او الاثنان في دار الحرب معيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس) لان الغنيمية هى المأخوذ فهرا وغلبة لا اخلاسا وسرقة والخمس وظيفتها * ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة (فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام) لانه مأخوذ فهرا وغلبة فكان غنيمية ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ هو ضامن لهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين مما لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال (ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعدما رفع الخمس لان التخريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تخريض * 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 الغنيمية بدار الاسلام) لان حق الغير قد تأكد فيه بالاقرار قال (الامن الخمس) لانه لاحق للغنائين في الخمس (واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمية والقاتل وغيره في ذلك سواء)

(وقال) ابطال حق الاصناف الثلاثة اذ يجوز صرف الخمس الى واحد الاصناف الثلاثة * وذكر الامام شمس الاثمة السرخسى في السير الكبير لا بأس بان يعطى الامام الرجل المحتاج اذا ابلى من الخمس ما يغنيه ويجعله نفلا له بعد الغنيمية لانه ما مور بصرف الخمس الى المحتاجين وهذا محتاج واذا جاز صرفه الى محتاج لم يقابل فلان يجوز صرفه الى محتاج قائل وابلى بلا عسنا كان اولى * وهذا نظير من وجد ركازا فرآه الامام محتاجا فصرف الخمس اليه جاز * وفي النخبة ولا ينبغي للامام ان يضع ذلك في الغنى ويجعله نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لاحق الاغنياء فجعله لغنى ابطال حق المحتاجين

قوله وقال الشافعي آخره يعني ان القاتل اذا قتل مشر كاعلى وجه المبارزة وهو مقبل استحق سلبه وان لم ينقله الامام * وعندنا لا يستحق القاتل السلب بدون التنفيل قوله وقد قتل مقبلا وهو حال من اليه موعول لان الشرط عنده كون القتيل مقبلا حتى لو قتل منهزما او نائما او مشغولا بشئ لم يستحق السلب قوله وما رواه وهو قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع اذا قاله بالمدنية في مسجد ولم ينقل انه قال ذلك الا يوم بدر عند القتال للحاجة الى التعريض وقد كانوا اذلة ويوم حنين حين ولوا منهزمين للحاجة الى التعريض وكما قال ذلك يوم بدر قال ايضا من اخذ اسيرا فوهله ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب كذا في المبسوط قوله

كتاب السير (٢٣٣) فصل في التنفيل

لما مر من قبل وهو ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد المحافظة والنافلة قوله قد قيل على هذا الاختلاف يعني اذا اتلف النفل في دار الحرب يجب الضمان على المتلف عند محمد وعندهما لا يجب *

باب استيلاء الكفار

قوله واذا غلب الترك اي كفار الترك على الروم اي نصارى الروم قوله من ذلك اي من مال اهل الروم الذي استولى عليه الترك قوله بسائر املاكهم الضمير يرجع الى الترك لانهم لما ملكوه صار كمالهم الاصلية قوله لان الاستيلاء محذور ابتداء اي حين اخذوا وانتهى اي حين احرزوا وبدارهم والمحذور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولا يقال المحذور غير ثابت في حقهم لانهم لا يخاطبون بالشرائع لانهم لا يخاطبون بالحرمات كالربوا والزنا فتثبت حرمة هذا الفعل في حقهم والمراد بالمحذور هنا المحذور من وجه دون وجه اما اذا كان محظورا من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه بان استولى المسلم على مال المسلم فانه غير موجب للملك بالاتفاق * ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح اي استيلاء الكفار ورد على مال مباح لان استيلائهم على اموالنا انما يثبت الملك لهم اذا احرزوها وبدارهم والكلام فيه بعد احرارهم بدارهم تزول عصبة صاحبها ويصير مباح التملك فلا يكون اخذهم ذلك المال عدوانا كذا في الاسرار قوله وهذا لان العصمة تثبت على من اذاع الدليل اي قولنا ان استيلائهم ورد على مال مباح لان العصبة في المال لكل من يثبت من مسلم او كافرا انما يثبت على خلاف الدليل فان الدليل يقتضي ان لا يكون المال معصوما لاحد لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا الا ان العصمة انما تثبت لمن اختص هو به بسبب من الاسباب من شراء او ارث او غيره مما لا يمكن من الانتفاع به اذ لو لم يكن مخصوصا هو بالعصمة نازعه آخر في الانتفاع فلما زال تمكنه من الانتفاع بسبب احرارهم بدار الحرب ولم يبق ما يوجب عصمته وهو تمكين المالك من الانتفاع عاد المال مباحا كما يقتضيه الدليل نصار بمنزلة الصيد والحشيش * ثم لما وقع استيلائهم عليه في هذه الحالة كان استيلائهم على مال مباح فوجب الملك لهم * وعن هذا وقع الفرق بين اموالنا وارقابنا فان الرقاب كلها لم تخلو محلا للملك في الاصل * وانما تثبت المعلية بعراض الكفر وليس في رقابنا ذلك فلذلك لا يملكون احرارنا وان احرزواهم بدارهم قوله عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا يعني ان الكفار اذا استولوا على اموال المسلمين فهم ماداموا في دار الاسلام ان اقتدروا عليها حالا لم يقتدروا بالان لان الظاهر ان المسلمين يغلبون عليهم ويأخذون الاموال واما اذا احرزواهم بدار الحرب فقد اقتدروا عليها حالا وما لا انقطاع ولاية المسلمين * فان قيل كيف يملكون اموالنا بالاستيلاء وقد قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والتملك بالقهر من اقوى جهات السبيل * قلنا النص للمالك القديم لا يدل على قيام الملك فالواهب يرجع في

وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتل مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهرا للتفاوت بينه وبين غيره * ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه الصلوة والسلام لجبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلا الا ما طابت به نفس امامك * وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه (والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيقته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب) وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه * ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين فاما الملك فانها يثبت بعد احرارهم بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصحابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطئها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له ان بطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عند كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحرب ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

(واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بينه ان شاء الله تعالى (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك) اعتبارا بسائر املاكهم (واذا غلبوا على اموالنا والعياذ بالله واحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء محذور ابتداء والمحذور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم * ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينقذ سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم * وهذا لان العصمة تثبت على من اذاع الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا

تناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد منه ويعيد الى قديم ملكه مع زوال ملكه * وفي الكافي للعلامة النسفي وقوله في الهداية لان العصمة تثبت على من اذاع الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان مشكلا لانا اذا غلبنا على اموال اهل البغي واحرزنا بدارنا لم تملكنا مع زوال المكنة الا ان يقال اراد بزوال المكنة بالاحراز بدار الحرب ثم اصل الدار واحدهمى بحكم الديانة مختلفة فبقيت العصمة من وجه دون وجه فلم يثبت الملك بالشك بخلاف اهل الحرب لان الدار مختلفه والمنعة متباينة من كل وجه فبطلت العصمة لنا في حقهم ولهم في حقنا من كل وجه

قوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا الى آخره جواب عن قول الخصم انه محظور قلنا نعم هو محظور الا انه محظور لغيره وبماح في نفسه لكونه سببا لاقامة المصالح والمحظور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء ودل عليه ان المحظور لغيره وهو الصلوة في الارض المصنوبة يصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلان يصلح سببا للملك في الدنيا والى * وفي الكافي وقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل اي اذا صلى في ارض مخصوبة فما ظنك بالعاجل مشكل ايضا لان العصمة لا تغلوا ما ان زالت بالاحراز بدارهم او لم تنزل فان زالت لا يكون الاستيلاء محظورا لما مر وان لم تنزل لا يصير ملكا كما في مسئلة البغاة الا ان يقال العصمة المؤتممة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار **قوله** فوجدها المالكون قبله القسمة فهي لهم بغير شيء اي وان احرزها الغانمون بدار الاسلام * وذكر في الايضاح فاما اذا وجد قبل القسمة فكان ينبغي ان يأخذ بالقيمة ايضا لان حق الجماعة متعلق به وقد استحكم هذا بالاحراز بدار الاسلام الاترى انه لو اتلف انسان شيئا من الغنمية قبل القسمة ضمن الا ان اتركنا هذا الاصل لحديث عبدالله بن عباس رضى الله عنهما فانه روى عنه ان المشركين غلبوا على بغير رجل ثم ظهر المسلمون عليه فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان وجدته قبل القسمة الحديث **قوله** ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته * فان قيل هذا الملك يثبت للموهوب له بغير عوض بخلاف الوثيقة لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له باراء ما انقطع من حقه عمافي ايدي الغانمين * قلنا ههنا ايضا يثبت له هذا الملك بموضع معنى لمان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك المعنى معتبرا في اثبات حقه في الغنمية الى هذا اشار في المسوط **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد **قوله** وكذا اذا كان مشتري بمثله قدر او وصفا ولو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس آخر او بجنسه ولكن اردا منه وصفا فله ان يأخذه بمثل ما اعطاه المشتري * وقال في الايضاح الا ان يكون اشتراه منهم بخلاف جنسه فيكون الاخذ مفيدا وكذلك لو اشتراه بجنسه باقل منه فله ان يأخذه بمثل ما اشترى ولا يكون هذا ربوا لانه انما يندى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه **قوله** اما الاخذ بالثمن فلما قلنا وهو قوله لانه يتضرر بالاخذ بجانا **قوله** لان الملك فيه صحيح بدليل حل الوطى للمشتري من الكافر واحترز به عن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة **قوله** لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن * قيل فيه نظر لان الوصف انما لا يقابلها شيء من الثمن اذا لم يصير مقصودا بالتناول الاترى انه لو اشترى عبدا ففقت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول كذا في الفوائد الظهيرية * وذكر الخبازي فان قيل الوصف انما لا يقابل شيء من الثمن اذا لم يصير مقصودا بالانلاف الاترى ان في مسئلة المرابحة لو فقا عينه انسان او فقاها بنفسه ثم باعه مرابحة من غير بيان ثم علم المشتري بذلك يحط قسطها من الثمن فكذلك ينبغي ان يحط من ثمن العبد قدر الارش *

كتاب السير

(٢٣٤)

باب استيلاء الكفار

والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل (فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجبها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا) لقوله عليه الصلوة والسلام 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 بالمأخوذ 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 الثمن الذي اشتراه وان شاء تركه) لانه يتضرر بالاخذ بجانا الاترى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه * ولو اشتراه بعرض يأخذ 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 بيناه وكذا اذا كان مشتري بمثله قدرا ووصفا قال (فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقت عينه واخذار شها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو) اما الاخذ بالثمن فلما قلنا (ولا يأخذ الارش) لان الملك فيه صحيح فلو اخذه بمثل 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 فاسدا

(والاوصاف)

قلنا لما لم يكن للمالك القديم حق اخذ الارش لما بينا صار في حقه بمنزلة الفائت لا بمنزلة المتلف بخلاف مسئلة المرابحة لانه متلف حقيقة ولو كان له قسط من الثمن حقيقة بان يكون شيئين حقيقة ليس له ان يربح على غير العين الذي اخذار شها لان الشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة فاما ههنا حق الاخذ في العين بالنص بخلاف القياس فكيف يلحق بها البذل * وعن محمد ان المولى يسقط عنه حصة الارش من الفداء كالشفيع فانه يأخذ بالحصة ان استهلك آخر شيئا من البناء * والفرق على الظاهر ان الصفقة اذا تحولت الى الشفيع صار المشتري في المشتري كالمشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد من القبض واجب النقض كرها لحق الشرع

والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح
فافترا (وان اسروا عبدا فاشتره رجل بالف درهم فاسروه
ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتره رجل آخر بالف درهم
فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن) لان
الاسر ما ورد على ملكه (وللمشتري الاول ان يأخذه من
الثاني بالثمن) لان الاسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك
القديم بالفين ان شاء) لانه قام عليه بالثمنين فباخذه بهما
وكذا اذا كان الماسور منه الثاني غائبا ليس الاول ان
يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا اهل الحرب
بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك
عليهم جميع ذلك) لان السبب انما يفيد المالك في محل والمحل
المال المباح والحرم معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت
الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم
جزاء على جنائيتهم وجعلهم ارقاء ولا جنابية من هؤلاء (واذا
ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند
ابي حنيفة وقالوا يملكونه) لان العصمة لحق المالك لقيام يده
وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه * وله انه
ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره
لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد
المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق
محلا للمالك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية عليه لقيام يده اهل
الدار فممنوع ظهور يده واذا لم يثبت المالك لهم عند ابي حنيفة
ياخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشتري او
مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه
لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس
له على المالك جعل الا بقاء لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه
ملكه (وان ندب عيو اليهم فاخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء
اذلا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد
على ما ذكرنا (وان اشتره رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه
ياخذه بالثمن ان شاء) لما بينا (فان ابق عبد اليهم وذهب
معه بفرس وممتع فاخذوا المشركون ذلك كله واشتري رجل ذلك
كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شيء
والفرس والممتع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالوا يأخذ
العبد وما معه بالثمن ان شاء) اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة

قوله والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اذ الواجب فيهما
القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع وفي البيع
الصحيح الواجب الثمن باعتبار العقد وهو يرد على الذات
* فان قيل شراء التاجرنا ايضا بمنزلة شراء المشتري فاسدا
من حيث وجوب الرد * قلنا الحاق مسألة الشفعة بالمشتري
شراء فاسدا اولي من شراء التاجر من الكافر من حيث ان
شراء المشتري بدون رضاه الشفيع مكروه بخلاف شراء
التاجر بدون رضاه المالك وقوله والاوصاف تضمن فيه كما
في الغضب اي في غير الربوي اما في الربوي يجوز ان يغضبه
حنطة فعقنت عنده او انا فضة فهشم في يده فصاحبه بالخيار
ان شاء اخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله تقاديا
عن الربوي قوله وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني
ولا يكون ذلك للمالك القديم وانما رجعتنا جانب المشتري الاول
على المالك القديم في ولاية الاخذ لانه على تقدير اخذ
المشتري لا يبطل حق المالك القديم لولاية الاخذ له بعد اخذ
المشتري الاول ولو اخذه المالك القديم يبطل حق المشتري
الاول لانه لولاية له بعد اخذ المالك القديم فلها رجعتنا جانب
المشتري الاول قوله لان الاسر ما ورد على ملكه كما
اذا وهب رجل آخر شيئا فوهبه الموهب له من آخر فليس
للوهاب الاول عليه سبيل ما لم يرجع الثاني في هبته قوله
فياخذه بهما * فان قيل يتضرر المالك بذلك فوجب ان
يكون له حق الاخذ من المشتري الثاني كيلا يتضرر * قلنا
لو اخذ هومن المشتري الثاني يتضرر المشتري الاول ضررا
لا عوض في مقابلته ولو اخذ المالك من المشتري الاول
يتضرر لكن بعوض وهو العبد فكان اولي قوله
وكذا من سواه من هؤلاء وهو المدبر والمكاتب وام الولد
قوله بخلاف رقابهم اي رقاب الكفار من احرارهم ومدبريهم
وامهات اولادهم قوله ولا جنابية من هؤلاء اي من مدبرينا
وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا واذا ابق عبد لمسلم اولدني
ذكر الامام ابو اليسر في عين الفقهاء العبد المسلم
لمسلم اولدني اذ ابق الى دار الحرب فاخذ الكفار لا يملكونه
عند ابي حنيفة والبرتد يملكه الكفار واما العبد
الكافر فهو ذمي تبعا لمولاه وما بطلت النعمة باللحوق بدار
الحرب فلا يملك الكفار كذا في عين الفقهاء وذكر في طريقة
محمد الاثمة العبد اذا كان ذميا ففيه قولان واما اذا
كان مرتدا فابق ولحق بدار الحرب يملكه الكفار بالاجماع
قوله وله انه ظهرت يده على نفسه * فان قيل كيف تظهر
يد العبد على نفسه وقد خلق يد المولى يد الكفرة بدون
واسطة فور فوت يد المولى لان دار الحرب في ايديهم * قلنا
ان بين الدارين حدا لا يكون في يد احد وعند ذلك تظهر
يد العبد على نفسه ولان يد النار يد حكيمية ويد العبد يد
حقيقية فلا تندفع بيد النار الى هذا اشار فخر الاسلام قوله
بخلاف المتردد اي الا بقاء الذي ترد في دار الاسلام لان يد
المولى باقية في حقه حكما ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار
قايضه فيبقاء المانع حكما يمنع ثبوت اليد له في نفسه فيتم
احراز المشركين اياه واما الا بقاء الى دار الحرب فلا يكون في
يد مولاه حكما حتى لو وهبه لابنه الصغير لا يجوز
قوله وبعدها اي وبعده القسمة يؤدي عوضه عن
بيت المال فيما اذا كان مغنوما واما في الصور الثلث وهي ما اذا
كانت موهوبا او مشتريا او مغنوما قبل القسمة فلا يؤدي عوضه وانما
يؤدي عوضه من بيت المال للموت وقع في سهمه لان نصيبه قد استحق
فلولم يرجع على احد لكان اجعافا ولولزم العوض على
المالك مع استمرار ملكه لكان اضارا به وبعده رجوعه على
شركائه في الغنمية واعادة القسمة لتفرقهم فيعوضه من بيت
المال فاذا لم يفرم يجعل ذلك في بيت المال لان الغرم مقابل
بالغتم قوله والفرس والممتع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة
فان قيل على قول ابي حنيفة ينبغي ان ياخذ المالك المتاع

ايضا بغير شئ * لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا لا تقطع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم * قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشتري عبدا مسلما وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا يجبر على بيعه ولا يمكن من الذهاب به الى دار الحرب كذا في الايضاح * فان قيل النامي ملتزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والمستأمن غير ملتزم قلنا المستأمن ملتزم ترك الاستخفاف بالمسلمين فاننا ما اعطينا الامان ليستندل المسلم اذلا يجوز اعطاء الامان على هذا فلهاذا يجبر على بيعه **قوله** ولا يبيحنيقة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب ولكن ذلك الكافر مادام مستأمنا في دار الاسلام يزول بالعوض وهو الازالة بالبيع لان مال المستأمن محترم مادام في دار الاسلام فاذا ادخله دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاه الامان فاستحق الازالة بالعتق لانه لما انتهى امانه بالعود الى دار الحرب سقطت عصمة ماله فتعين العتق تخلصا للعبد ولو كان الامام قادرا على ازالة العبد هناك عن استيلائه كان الواجب على الامام ان يجبره على الاعتناق لاعلى البيع لانعدام عصمة ماله فلم يستحق الحربي العوض بمقابلة ازالة ملكه لسقوط حرمة ملكه * ثم لما قصرت ولاية القاضي عن ازالة ملكه بالاعتناق وهي العلة في زوال ملكه فقام شرط زوال عصمة مال المستأمن الذي هو دخول دار الحرب مقام علة الزوال وهي اعتناق الامام عنه لما انه قد يقام الشرط مقام العلة عند امكن اضافة الحكم كما في حفر البثر على قسرة الطريق * فان قيل الاحراز بدار الحرب سبب لاثبات الملك فيما لم يكن ملكا الا ترى انهم اذا اسروا عبدا مسلما في دارنا ملكوه اذا احرزوه بدارهم فيستحيل ان يزول ملكه بالاحراز لان الاحراز لما صار سببا لاثبات الملك ابتداء فاولى ان يبقى الملك الثابت كما كان والا يلزم ان يكون ماهو الميثم للملك مزيلا له وهو مدفوع بيرة * قلنا ليس هذا كما آخذوا عبدا في دارنا لانهم لا يملكونه بالاخذ حتى يستحق عليهم الازالة بسبب الاستيلاء وانما يملكونه بالاحراز بخلاف ما نحن فيه فانهم ملكوه بالشرء فاستحق عليهم الازالة بالبيع ماداموا في دارنا ولما ادخلوه في دارهم استحق الازالة ايضا باقامة شرط الزوال مقام الازالة على ما ذكرنا من انتهاء عصمة ماله بالاحراز بدار الحرب * وفي المبسوط فان قيل بار تفاع الامان زال صفة الحظر لا اصل الملك كمن اباح لغيره شيئا لا يزول به اصل ملكه * قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام الا باعتبار صفة الحظر فانه لو لم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهرا له فكان حرا فاذا زال الحظر بزوال الامان زال اصل الملك الا ترى انه في دار الحرب لو قتل مولاه واخذ ماله وخرج اليها كان حرا وكان ما خرج به من المال له **قوله** ولانه احرز نفسه بالخروج اليها يتصل بقوله ثم خرج اليها **وقوله** او بالاتحاق متصل بقوله او ظهر على الدار * وقيد بقوله بالخروج اليها مراغما لمولاه لانه اذا خرج اليها غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه للمولى لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنا الى دارنا كذا في الايضاح

كتاب السير

(٢٣٦)

الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد (واذا دخل الحربي دارنا بامان واشتري عبدا مسلما او ادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة وقال لا يعتق) لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا * ولا يبيحنيقة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب في مقام الشرط وهو تبين الدارين مقام العلة وهو الاعتناق تخلصا له كما يقام مضي ثلث هيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب (واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج اليها او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار) لما روى ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضى بعقوبهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج اليها مراغما لمولاه او بالاتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على الله فالحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقه الى اثبات اليد ابتداء ولهذا كان اولى

باب المستأمن

(واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشئ من اموالهم ولا من دماءهم) لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا (فان غدر بهم) اعنى التاجر (فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فواجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لان الحظر لغيره لا يمنعه انقضاء السبب على ما بيناه (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حريبا او غضب احدهما صاحبه ثم خرج اليها واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ) اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية

باب المستأمن

قوله والغدر حرام قال عليه السلام لكل غادر لواء يركز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرة **قوله** بخلاف الاسير لانه غير مستأمن لانه لم يوجد منه الالتزام بعده **قوله** وان اطلقوه طوعا كان فيه وهم ان يصير مستأمنا وليس كذلك لانه ليس باستئمان **قوله** ملكه ملكا محظورا حتى لو كانت جارية كره للمشتري وطئها لانه قام مقام البائع وكان يكره للبائع وطئها فكذلك للمشتري وهذا بخلاف المشتراة شراء فاسدا اذا باعها حل للثاني وطئها بعد الاستبراء لان الكراهة في حق الاول لبقاء حق البائع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع وهما الكراهة لعنى الغدر **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله في اوائل باب استيلاء الكفار والمحظور بغيره اذا صلح

(ولا)

كراهة جارية كره للمشتري وطئها لانه قام مقام البائع وكان يكره للبائع وطئها فكذلك للمشتري وهذا بخلاف المشتراة شراء فاسدا اذا باعها حل للثاني وطئها بعد الاستبراء لان الكراهة في حق الاول لبقاء حق البائع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع وهما الكراهة لعنى الغدر **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله في اوائل باب استيلاء الكفار والمحظور بغيره اذا صلح

ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على
المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من
افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل * واما الغصب فلانه صار ملكا
للذئبي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما
بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين
ما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض
بالغصب) اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضى
والولاية ثابتة حاله القضاء لالتزامها الاحكام بالاسلام واما
الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربى حتى
يؤمر بالرد (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا
ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه) اما
عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد ومراده الفتوى
به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد
(واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه
عمدا او خطاء فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة
في الخطاء) اما الكفارة فلا تطلق الكتاب واما الدية فلان العصمة
الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعراض الدخول
بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاءه الا بمنعة
ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في
دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا
تعقل العمد وفي الخطاء لانه لا فترة لهم على الصيانة مع تباين
الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كانا اسيرين
فقتل احدهما صاحبه) او قتل مسلم تاجر اسيرا (فلا شئ على
القاتل الا الكفارة في الخطاء وعند ابي حنيفة وقالوا في
الاسيرين الدية في الخطاء والعمد) لان العصمة لا تبطل بعراض
الاسر كما لا تبطل بعراض الاستيمان على ما بيناه وامتناع
القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلناه ولاي حنيفة
ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم وهذا
يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا
وصار كالمسلم الذئبي لم يهاجر اليها وخص الخطاء بالكفارة
لانه لا كفارة في العمد عندنا

فصل

قال (واذا دخل الحربى اليها مستأمن لم يمكن ان يقيم في
دارنا سنة ويقول له الامام ان اقامت تمام السنة وضعت عليك
الجزية) والاصل ان الحربى لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا
بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عيننا لهم وعونا علينا
فقلنا حتى المضرة بالمسلمين ويمكن من اقامة البسيرة لان
في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما
بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون اقامة لمصاحبة الجزية *
ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا

سببا لكرامة تفوق الملك الى آخره * الادانة البيع بالدين *
والاستدانة الايتياع بالدين * وقولهم اذان بتشديد الال من
باب الافتعال اى قبل الدين والدين غير القرض اذ ذلك اسم
لما يقرض فيقبض وهذا اسم لما يصير في الذمة بالعقد كذا
في الطلبة * وذكر في كتاب الكفالة منها ان اسم الدين شامل
لجميع ما يجب في الذمة بالعقد وبالا استهلاك والاستقراض
قوله ولا ولاية وقت الادانة اصلا اذلا ولاية لتاعلى اهل
الحرب والجواب في مسئلة الادانة قول ابي حنيفة ومحمد واما على
قول ابي يوسف فالقاضي يقضى على المسلم بالدين وقولهما
مشكل لان المسلم التزم احكام الاسلام مطلقا فصار كما لو خرجا
مسلمين اليها * واجيب بان المديون اذا كان حربيا لم يقض
عليه بشئ لانه غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب ان
لا يقضى عليه بشئ اصلا لالعدم الالتزام ولكن لتحقق المساواة
بين الخصمين قوله لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه
اما غضب الكافر فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء بقوله ولنا ان
الاستيلاء ورد على مال مباح الى آخره واما غضب المسلم فقبها
اذا دخل الواحد او الاثنان مغيرين بغير اذن الامام واخذوا
شيئا يملكونه قوله ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب
ولم يقض عليه وهذا الجواب غير منحصر بخروجها مسلمين
فان الحربى اذا خرج مستأمن مع المسلم الذئبي دخل دار الحرب
مستأمن وقد كان غضب المسلم في دار الحرب فالحكم كذلك
قوله فعلى القاتل الدية من ماله اى في العمد والخطاء ذكر
الامام الاجل شمس الائمة السرخسى هذه المسئلة في الجامع
الصغير * ثم قال وروى عن اصحاب الاملاء عن ابي يوسف
انه قال عليه القصاص في العمد لان بدخول المسلم دار الحرب
لا ينتقض احرازه نفسه بدار الاسلام فالمسلم من اهل
دار الاسلام حيث ما يكون والقصاص محض
حق الولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى ولاية الامام
فلافرق حينئذ بين الدارين * وجه ظاهر الرواية ان الاحراز باق
ولكن دار الحرب دار اباحة الدم فيصير ذلك شبهة مسقطا للعقوبة
لان مجرد صورة الاباحة تكفى لاسقاط العقوبة وان لم يثبت
حقيقة كمن يقول لغيره اقتلنى فقتله قوله فلا تطلق الكتاب
وهو قوله تعالى من قتل مؤمنا خطأ فتصير رقة مؤمنة
اطلق ولم يقيد بدار الحرب ودار الاسلام * فان قيل يتبغى
ان تجب الدية عند ابي حنيفة فيما اذا قتل الاسير المسلم اسيرا
مسلمنا لاطلاق قوله تعالى ومن قتل مؤمنا الآية * فلنا خص
من هذا النص المسلم الذئبي لم يهاجر اليها فيخص المتنازع
والجامع كون كل واحد منهما مقهورا في ايديهم قوله كما
لا تبطل بعراض الاستيمان على ما بيناه اشارة الى قوله لان
العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعراض الدخول
بالامان وهذا اولى لان ذلك عن اختيار وهذا عن اضطرار
قوله كالمسلم الذئبي اى فليس في قتله الا الكفارة في الخطا
فكذلك هنا بجامع ان كل واحد منهما تبع لاهل الدار بالتوطن
وبكونهما مقهورين لهم بخلاف المستامن لانه متمكن من
الخروج الى دار الاسلام فلا يكون تبعا لهم فلا تبطل العصمة

فصل

قوله العين الديدبان والجاسوس * والعون الظهير على
الامر * والهيرة الطعام يمتاره الانسان من ماريمير * والجلب
المجلوب ومنه نهى رسول الله عليه السلام عن تلقى الجلب

سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة
 بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا *
 وللامام ان يوقت في ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (واذا
 اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا) لما قلنا (ثم لا يتورك
 ان يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان
 فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين
 (فان دخل الحرب دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا
 وضع عليه الخراج فهو ذمي) لان خراج الارض بمنزلة خراج
 الرأس فاذا التزمه صار ملتزما للمقام في دارنا اما بهيجه والشرع لا يصير
 ذميا لانه قد يشترىها للتجارة واذا لزمه خراج الارض
 فبعد ذلك تلزمه الجزية لعسنة مستقبلة لانه يصير ذميا
 بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه * وقوله في
 الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع
 فيخرج عليه احكام حمة فلا تغفل عنه (واذا حربت حربية
 بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية) لانها التزمت المقام تبعا
 للزوج (واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصير ذميا)
 لانه يمكن ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام
 (ولو ان حربي دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك
 وديعة عند مسلم او ذمي او ديني في ذمتهم فقد صار ذميا مباحا
 بالعود) لانه ابطال امانه (وما في دار اسلام من ماله على
 خطر فان اسرا وظهر على الدار فقتل سقطت ديونته وصارت
 الوديعة فينا) اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع
 كيدته فيصير فينا 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 اوقف
 المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف
 في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) قالوا هو مثل
 الاراضي التي اجلوا اهلها عنها * والجزية لاجس في ذلك *
 وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنمية * ولنا ما روى
 انه عليه الصلوة والسلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع
 في بيت المال ولم يخمس ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين
 من غير قتال بخلاف الغنمية لانه مملوك بهباشرة الغانمين
 وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى

قوله ولسلام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر
 والشهرين واذن الاوقات غير مقدر بل هو موكول الى رأى
 الامام الا انه لا ينبغي له ان يرهقه على وجه يتضرر به فاذا
 مكث ماسماه جعله ذميا واستأنف عليه الجزية بحول بعده
 الا ان يكون شرط عليه ان مكث سنة اخذ منه الجزية
 فيأخذ مامنه حينئذ ثم لا يتركه بعده ان يرجع الى دار الحرب
 لان عقد الذمة خلق عن الاسلام فلا يمكن له من نقضها *
 قوله فاذا وضع عليه الخراج في الفوائد الظهيرية المراد من
 وضع الخراج التزام خراج الارض بهباشرة سببه وهو الزراعة
 او تعطيلها عنها من التمكن منها وهو الصحيح قوله لان
 خراج الارض بمنزلة خراج الرأس لان كلاهما من احكام
 دارنا فلما رضى بوجوب الخراج عليه رضى بان يكون من
 اهل دارنا وكذلك لولزمه عشر في قياس قول محمد
 بان اشترى ارضا عشرية لانها جميعا من مؤن الارض كذا
 ذكره فخر الاسلام قوله فيتنخرج عليه احكام
 حمة وجوب الضمان في اتلاف خيره وخزيره وجوب الدية
 بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله ولو
 وضع الخراج يكون ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط
 الوضع قوله وهذا لان حكم الامان باق في ماله * فان
 قيل ينبغي ان يصير فينا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام
 وله وديعة عنده مسلم في دار الحرب * ثم ظهر على دار الحرب
 فتكون يد المودع كيد المودع في تلك المسئلة * قلنا يد
 المودع كيد المودع من وجه دون وجه والعصبة ما كانت
 ثابتة في تلك المسئلة لما ان دار الحرب ليست بدار عصبة
 فلا تنصر معضومة بالشك واما ههنا العصبة كانت ثابتة وقت
 الايداع ولم تظهر على دار الحرب فكانت العصبة باقية كما
 كانت اذ دار الاسلام دار عصبة * وجف الفرس او البعير
 عبدا وجيفا واوقفه صاحبه ايجابا * وقوله وما اوقف
 المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله * والجلاد
 بالفتح والمد الخروج عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان
 القوم عن اوطانهم واجلام فجلوا اي اخرجهم فخرجوا
 يتعدى ولا يتعدى قوله والجزية بالجر عطف على الاراضي
 قوله وقال الشافعي فيهما اي في الاراضي التي
 اجلوا اهلها عنها والجزية * وفي بعض النسخ فيها اي في الثلاثة
 وهي الاراضي والجزية والخراج قوله ولانه مال مأخوذ
 بقوة المسلمين من غير قتال بل بوقوع الرعب في قلوب
 الكفار من قوة المسلمين فلما استحق ما اوقف المسلمون
 عليه بسبب واحد وهو الرعب بقوة المسلمين كانت جهة
 واحدة ولم يتبعض استحقاقه لذلك كما في مال الزكوة
 والعشر فلم يصح حينئذ اعتباره الغنمية وقوله فاستحق الخمس
 بمعنى وهو الرعب بقوة المسلمين واستحقه الغانمون بمعنى
 وهو مباشرتهم القتال

قوله وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه وهو ما ذكرناه وهو قوله ولا نه مال مأخوذ بقوة المسلمين
قوله لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم وتسميتها وهو قوله وزوجته في مالها كافر حربية لانتدعه في الاسلام وكذا حملها في لانه جزؤها
كتاب السير (٢٣٩) باب المستامن فصل

وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه وهو ما ذكرناه وهو قوله ولا نه مال مأخوذ بقوة المسلمين
لايجب الخمس (واذا دخل الحرب دارنا بامان وله
امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه
ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على
الدار فذلك كله في) اما المرأة واولاده الكبار فظاهر
لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت
حاملما لما قلنا من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير انما
يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته
ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لانصير محرزة
بأحرار نفسه لاختلاف الدارين فبقى الكل فينا وغنمية
(وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده
الصغار احرار مسلمون) تبعا لا يبيهم لانهم كانوا تحت ولايته
حين اسلم اذ الدار واحدة (وما كان من مال اودعه مسلما
او ذميا فهو له) لانه في يد محترمة ويده كيدته (وما سوى
ذلك في) اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال
الذي في يد الحربى فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربى ليست
يدا محترمة (واذا اسلم الحربى في دار الحرب فقتله مسلم
عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا
الكفارة في الخطأ) وقال الشافعى 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 فتكون وصافيه فتتعلق بهما على به الاصل
ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدولكم وهو مؤمن
فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى
حرف الفاء اولى كونه كل المذكور فينتفى غيره ولان العصمة
المؤثمة بالآدمية لان الآدمى خلق متحملا اعباء التكليف
والقيام بها بجرمة التعرض والاموان تابعة لها * اما المقومة
فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائم وذلك
في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال
دون النفس فكانت النفس تابعة * ثم العصمة المقومة في
الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنفعة فكذلك في النفوس

قوله وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه وهو ما ذكرناه وهو قوله ولا نه مال مأخوذ بقوة المسلمين
قوله لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم وتسميتها وهو قوله وزوجته في مالها كافر حربية لانتدعه في الاسلام وكذا حملها في لانه جزؤها
كتاب السير (٢٣٩) باب المستامن فصل
قوله لانه في يد محترمة وانما قيد بالابداع لانه اذا كان
غصبا في ايديهما يكون فينا لعنم النبابة وعند ابو يوسف
ومحمد يجب ان لا يكون فينا الا ما كان
غصبا عند حربى على قياس ما اذا اسلم الحربى في دار
الحرب فلم يضر حتى ظهر على الدار فالجواب فيه ان ما كان
وديعة عند حربى او غصبا عند مسلم او ذمى او ضاعفا فهو
في عنك ابي حنيفة * وقال ابو يوسف ومحمد
لا يكون فينا كذا في الجامع الصغير لغفر الاسلام
قوله لكونه مستجلبا للكرامة لان العصمة
تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بهما اثر في استحقاق الكرمات
وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لا بالدار التي
هي جباد فلا اثر لها في استحقاق الكرامة قوله لحصول
اصل الزجر ولهذا وجب الزجر النى هو الكفارة بالعصمة
المؤثمة بالاتفاق قوله والمقومة كمال نية اي في اصل
العصمة وذلك لانه لما وجب الاثم والمال كان ذلك اكمل من النى
وجب فيه الاثم دون المال فيتعلق الكمال وهو العصمة
المقومة بما علق به الاصل وهو العصمة المؤثمة اي تعلقت
العصمة المقومة بالاسلام كما تعلقت به العصمة المؤثمة فتجب الدية
والكفارة في قتل الحربى النى اسلم في دار الحرب ولم يهاجر
الينا قوله ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدولكم
وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فالآية سيقت لبيان انواع
القتل وموجباته فوجب اولا في المؤمن المطلق دية وكفارة
لقوله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ
ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى
اهله ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة لقوله تعالى
فان كان من قوم عدولكم وهو مؤمن اي المقتول اذا كان من
الكفار دارا وهو مؤمن فتحرير رقبة ثم اوجب بقتل الذى
هاجر دية وكفارة فنلنا يجب الكفارة وحدها فيمن لم يهاجر
على ان لادية قوله جعل التحرير كل الموجب رجوعا
الى حرف الفاء لان الفاء تدخل على الجزاء والجزاء اسم للكافي
لانه مأخوذ من جزاى كفا فيمتنع وجوب شيء اخر معه
تفاديا عن الزيادة على ما هو كافي فمن اوجب الدية جعل
تحرير الرقبة بعض موجب القتل فيكون نسخا * فان قيل
تحرير الرقبة ان كان كل الواجب بهذا النص ولكنه بعض
الواجب بنص اخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا
خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة * قلنا تحرير الرقبة
جزاء حقيقة والجزاء الحقيقى لا يجوز ان يكون كلا وبعضا
وانما يكون بعضا بقضية نص آخر اذا كان ذلك النص
ناسخا لهذا النص ولا يمكن القول بالنسخ لان الاية نزلت
بمرة واحدة والناسخ والنسوخ لا يردان معا ولو تصور النسخ
فقوله عدولكم متأخر فيكون ناسخا للاول على ان هذا
المؤمن غير داخل في تحت صدر الآية لانه افرده حكما آخر
لانه جعل كل الجزاء الكفارة وفي صدر الآية جعل الكفارة
بعض الجزاء فلم يكن داخلا تحت صدر الآية قوله اولى
كونه كل المذكور لان كل المذكور ههنا التحزير لا غير
والموضع موضع الحاجة الى البيان لانه شرع في بيان الواجب
واقصر بذكر التحرير فعلم به ان الواجب هو التحرير لا
غير اذ السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان بان ما هو

المذكور كل الواجب ولا يلزم الاخلال في بيان صاحب الشرع وهو لا يجوز قوله والقيام بها بجرمة التعرض اي انما يمكنه القيام بتحمل اعباء التكليف
اذا كان محرم التعرض اذ لو لم يكن محرم التعرض لا يمكن من اقامة التكليف قوله لان التقوم يؤذن بجبر الفائم ومعنى الجبر يتحقق

الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والتردد والمستامن في دارنا من اهل دارهم حكما لقصد هما الانتقال اليها (ومن قتل مسلما خطأ لا ولى له او قتل حربيا دخل اليها بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر 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 والولى معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه الصلوة والسلام السلطان ولى من لا ولى له * وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصالح لان موجب العمد وهو القود عيننا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصالح على المال (وليس له ان يعفو) لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

قال (ارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بهجرة الى حب الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلت الى عبادان) لان النبي عليه الصلوة والسلام والخلفاء الراشدين رضى الله عنهم لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفىء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في اراضيهم * وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضى الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحض من الصحابة رضى الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضى الله عنهم على وضع الخراج على الشام قال (وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصر فهم فيها) لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهره ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضى مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال (وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر) لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر البق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخراج (وكل ارض فتحت عنوة فاقرا اهلها عليه فهي ارض خراج) وكذا اذا صلحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر

في الاموال لان الغائث من ذوات الامثال يجبر بالصورة والمعنى وفي ذوات القيم يجبر بالمعنى وهو القيمة * ثم العصبة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان التقويم ينسب عن خطر المحل والخطر انما يثبت اذا كان ممنوعا عن الاخذ فيما اتصل اليه الايدى وما اتصل اليه الايدى بلا منازع ومدافع لا يكون خطيرا كالماء والتراب فكذلك في النفوس قسوله الا ان الشرع هنا جوب من قال المسلم الذى اسلم في دار الحرب له منعة ايضا وهم الكفار فيكون محرزا فقال بلى له منعة ولكن غير معتبرة لانا ما مورون بابطال تلك المنعة قسوله والمرتب والمستامن في دارنا من اهل دارهم حكما هذا جواب شبهة ترد على قوله ثم العصبة المقومة بالاحراز بالدار بان يقال انها محرزان بدار الاسلام فينبغى ان يجب لهما التقويم ولم يجب حتى ان فى قتلها لاتجب الدية مع انها فى دار الاسلام قسوله وان شاء اخذ الدية اى بطريق الصالح لان موجب العمد القود عيننا قسوله وهو العامة او السلطان فان قيل ترد من له ولاية القصاص يوجب سقوط القصاص كما فى المكاتب اذا قتل عن وفاقه وله وارث * قلنا الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الولى واحد بخلاف مسئلة المكاتب

باب العشر والخراج

ذكر ابو يوسف في الامالى حدود ارض العرب ما وراء الحدود الكوفة الى اقصى صخر باليمن وهو هجرة * وفي شرح القدورى قال الكرخى ارض العرب كلها عشرية وهي ارض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية يعنى البادية * وقد ظهر ان من روى الى اقصى حجر باليمن بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف لوقوع صخر موقعه والسواد اى ارضى سواد العراق * وبه صرح الامام التمر تاشى يقال سواد الكوفة والبصرة اى قراهما وسمى سواد العراق به لخضرة اشجاره وزروعه * العذيب ماء تميم * وحلوان اسم بلدة * والثعلبية من منازل البادية ووضعها موضع العلت فى حد السواد خطأ * العلت بفتح العين وسكون اللام قرية موقوفة على العوية وهو اول العراق شرقى دجلة * عبادان حصن صغير على شط البحر قسوله وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بهجرة وهذا طول * وقوله بهجرة تفسير قوله الى اقصى حجر * واما عرضه فهو ما بين يبرين والدنهاء ورمل عالج الى مشارق الشام * وهجرة بفتح الميم وسكون الهاء ابو قبيلة وسمى به ونسبت الابل المهرية الى ذلك الموضع قسوله والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان من اعرضه قسوله ومن العلت الى عبادان هذا طول كذا فى النهاية

والخراج الباقى به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله عليه الصلوة والسلام فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج (وفى الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهى ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهى ارض عشر) لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماءها بمائها فيعتبر السقى بماء الخراج قال (ومن احيا ارضا مواتا فهى عند ابى يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج) ومعناه بقربه (فهى خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهى عشرية) والبصرة عند عشرية باجماع الصحابة رضى الله عنهم لان حيز الشئ يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس فى البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رضى الله عنهم وظفوا العشر فترك القياس لاجماعهم (وقال محمد ان احياها تبئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات او الانهار العظام التى لا يملكها احد فهى عشرية) وكذا ان احياها بماء السماء (وان احياها بماء الانهار التى احتفرها الاعاجم) مثل نهر الملك ونهر يزيد جرد (فهى خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر فى ذلك الماء لان السقى بماء الخراج دلالة التزامية قال (والخراج الذى وضعه عمر رضى الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمى وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر رضى الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يهسع سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسع فبلغ ستا وثلاثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكبير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة متفاوتة بتفاوتها فجعل الواجب فى الكرم اعلاها وفى الزرع ادناها وفى الرطبة اوسطها قال (وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لانه ليس فيه توظيف عمر رضى الله تعالى عنه وقد اعتبر الطاقة فى ذلك فاعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخراج لا يزداد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين * والبستان كل ارض

قوله والخراج الباقى به لان فى الخراج معنى العقوبة ولان فيه تعليطا حتى انه يجب وان لم يزرع والكائر الباقى بالعقوبة ومكة مخصوصة من هذا وكان القياس فى ارض مكة ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة لكن رسول الله عليه السلام لم يوظف عليها الخراج وكما لارق على العرب فكذا لاخراج على اراضيهم قسوله نهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزد جرد ملك من ملوك العجم الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى يزيد هو على ذراع العامة بقضة كذا ذكره الامام التمر تاشى * وفى المغرب النراج المكسرة ست قبضات وهى ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك بقضة كذا ذكر الامام التمر تاشى وكانت ذراعه سبع قبضات وقيل هذا حكاية عن جريهم فى اراضيهم وليس بتقدير لازم فى الاراضى كلها بل جريب الاراضى يختلف باختلاف البلدان فيعتبر فى كل بلد متعارف اهله فالمراد بالقفيز الصاع وهو ثمانية اربطال اربعة اماناء خلافا لابي يوسف وهو يكون من الحنطة او الشعير * وفى شرح الطحاوى قفيز مما يزرع فيها * الرطبة بالفتح الاسفست الرطب * النخيل المتصل الذى اتصل بعضها ببعض على وجه يكون كل الارض مشغولة بها

قوله او اصطلم الزرع آفة فلاخراج عليه لانه ماص فيستحق الدعونة ولو اخذناه بالخراج كان به استيصاله وما حمد من سير الاكاسرة انهم كانوا اذا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خراينهم ما انفقوا ويقولون الناجر شرب في الخسر ان كما هو شريك في الربيع فان لم يرد عليه شيئا فلا قل من ان لا يأخذ منه الخراج * وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الاجر دينيا في ذمته فاما الخراج فصلة واجبه بقدر ريع الارض فلا يمكن ايجابه بعد ما اصطلم الزرع آفة لانه يظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطاها حيث لا يسقط خراجها لانه هو الذي اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد بذلك اسقاط حق مصارف الخراج فرد عليه قصده * وفي الفوائد الظهيرية الفرق بين الاجر والخراج مع ان كل واحد منهما متعلق بالتمكين وهو ان الاجر يجب شيئا فشيئا بمقابلة استيفاء المنفعة ولا كذلك الخراج لانه لا يجب شيئا فشيئا فتعتبر المكنة في المدة التي يحصل فيها الربيع * ثم قال هذا اذا ذهب كل الخراج اما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله ان بقي مقدار درهمين ووقفين يربح الخراج لانه لا يزيد على نصف الخراج وان بقي اقل من مقدار الخراج يجب نصفه قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط الخراج قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكين كان ثابتا وهو الذي فوته هذا اذا كانت الارض سالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها اما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم مؤنه واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزراعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج وهذا بخلاف وان كان هذا نوع حجر وفيه ضرر ولكن هذا الخراج ضرر بواحد للعامة * وعن ابي يوسف تدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا * وفي جمع الشهيد باع ارضا خراجية فان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع كذا ذكره الامام الترمذاشي قوله قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير ان يتركها وزرع الجيوب فعليه خراج الزعفران وكذا لو كان له كرم قلع وزرع الجيوب فعليه خراج الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة * وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس * فان قيل كيف يجوز هذا وهم لو اخذوا كان اخذهم في موضعه لكونه واجبا * قلنا المعنى من ذلك انالوا افتينا بذلك لادعى كل ظالم في كل ارض ليس هذا شأنها انها كانت هي قبل هذا تزرع الزعفران او الزرايين فيأخذ منها خراج الزعفران او الزرايين وهذا منهم طمع في غير مطمع فيكون هذا ظلما وعدوانا كذا في الفوائد الظهيرية قوله من غير كراهة احتراز عما يقوله المتصوفة بانه مكروه ويستدلون بما روي ان النبي عليه السلام رأى من آلات الجرائسة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا اذلوا ظنوا ان المراد النبل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذئاب البقر وقعدوا عن الجهاد كره عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة * وقد روى عن عبد الله ابن مسعود والحسين بن علي وشريح رضي الله تعالى عنهم انه

يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار اخر * وفي ديارنا وطفوا من الدارهم في الاراضى كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اى شىء كان قال (فان لم تطق ماوضع عليها نقصهم الامام) فالنقصان عند قلة الربيع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضى الله عنه لعلمك ما عملتها الارض مالا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدناها لا طافت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الربيع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان * وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر رضى الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة (وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه) لانه فات التمكين من الزرع وهو النماء التقديرى المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخراج قال (وان عطاها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكين كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير غنر فعليه الخراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس (ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله) لان فيه معنى المؤنة فتعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم (ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمى ويؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقد صرح ان الصحابة رضى الله تعالى عنهم اشتروا اراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر فى الخراج من ارض الخراج) وقال الشافعى يجمع بينهما لانها حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان * ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فاتحت عنوة وفهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحدة وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض *

كانت لهم ارضون بالسواد يؤدون خراجها قوله في محلين مختلفين بسببين مختلفين وكذلك لمصرفين مختلفين * اما اختلاف المجل فان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخراج (وعلى) واما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيا * واما اختلاف المصروف فان الخراج مصروف الى البقالة والعشر مصروف الى الفقراء قوله والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة لان بينهما تنافيا لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر فلما لم يجتمع

وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرور الخراج في سنة) لان عمر رضى الله تعالى عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشا الا بوجوده في كل خارج

باب الجزية

(وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ايقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه الاتفاق (وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقهرهم على املا كهم فيضع على الغني الظاهر الغني في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتدل اثنى عشر درهما في كل شهر درهما) وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم دينار او ما يعادل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالنراري والنسوان * وهذا المعنى ينظم الفقير والغني ومنعينا منقول عن عمر وعثمان وعلى رضى الله تعالى عنهم اجمعين ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجبت نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانها وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقتله فكذا ما هو بدله * وما رواه محمود على انه كان ذلك صالحا ولهذا امره بالاخذ من الحاملة وان كانت لاتؤخذ منها الجزية قال (وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين اتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس قال (وعبدة الاوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعي هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فيبقى من وراءهم على الاصل * ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدى الى المسلمين ونفقته في كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونسأؤهم وصبيانهم في) جواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي عليه الصلوة والسلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلفظهم

السببان لم يثبت الحكمان قوله وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما حتى لو اشترى ارض بعشر او خراج للتجارة ففيها العشر او الخراج دون زكوة التجارة عندنا لان الواجب حق الله تعالى متعلق بالارض كالزكوة فلا يجتمعان كما لا تجب زكوة السائبة والتجارة باعتبار مال واحد * ثم العشر او الخراج صار وظيفة لهذه الارض فلا يسقط مع انه اسبق ثبوتنا من زكوة التجارة ولانه أكد على معنى انه لا يسقط بعذر ما والزكوة تسقط بعذر الصبا والجنون واذا كان أكد كان اولي بالايجاب كذا في الايضاح *

باب الجزية

الجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى مثل اللحية واللحي وانما سميت بها لانها تجزى عن الذمى اى تقضى وتكفى عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل * هي ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والسنة وهو ما روى انه عليه الصلوة والسلام اخذ الجزية من مجوس هجر * وقد طعن بعض الملحدين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفار على الشرك بهال ولو جاز ذا لجاز تقرير الزاني على الزنا بهال يؤخذ منه * والجواب عنه انه ليس المقصود هو المال بل الدعاء الى الدين باحسن الوجوه لانه بعقد الذمة يسكن بين المسلمين ويرى محاسن الدين فربما يسلم مع ان فيه دفع شر قتاله قوله كما صالح رسول الله عليه الصلوة والسلام بنى نجران على الف ومائتي حلة نجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هذا هو المختار ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الخلول من حل الدار والحل من حل العقدة لما بينها من الفرجة قوله على الغني الظاهر الغني هو صاحب المال الكثير الذى لا يحتاج الى العمل * والمتوسط الذى له مال لا يستغنى بهاله عن العمل * والمعتدل الذى يكسب اكثر من حاجته ولا مال له * وقيل الفاقى الذى يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا ومتوسط الحال الذى يملك مائتي درهم فصاعدا * والمعتدل الذى يملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا كذا في شرح القدرى قوله او عد له معافراى خذ مثل دينار بردمان هذا الجنس يقال ثوب معافرى منسوب الى معافر بن مرثم صار له اسما بغير نسبة كذا في المغرب * وذكر في الفوائد الظهيرية معافرى من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشىء بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه قوله ومنه بنا منقول عن عمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم * التمسك به من وجهين * احدهما ان نصب البقادر بالرأى لا يكون فدل انه اعتمد السماع من النبي عليه السلام * والثاني انه فعل ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم ومشورة منهم ولم يرد عليه احد فصار اجبا قسوله وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال ولهذا ضربت الجزية على الصالحين للقتال الذى يلزمهم القتال في سبيل الله لو كانوا مسلمين * فان قيل هذا لا يجوز لان القتال فرض كفاية والجزية فرض عين * قلنا ان القتال في الاصل واجب على كل انسان منالكنه وجب للذنب عن الدار وكسر شوكة المشركين * فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الاخرين وهذا كالمسعى واجب على كل مسلم فان حمله انسان كرها الى الجمعة سقط عنه ذلك لانه وجب لامكان الجمعة وقد حصل بدون فعله فكذلك الجهاد حتى اذا لم يحصل ذلك لزم على كل انسان ذلك * فان قيل النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة * قلنا ان الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لمافية من زيادة القوة للمسلمين كذا في الاسرار قوله وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقتله * فالفقير لو كان مسلما ينصر الدار رجلا * ووسط الحال ينصره اربعا * والفاقى في الغنى يركب ويركب غلامه قوله وتوضع الجزية على اهل الكتاب اى من العرب والعجم

قوله فالمعجزة في حقهم اظهر لانه نشأ بين اظهروهم وكانوا اعرف بحاله قبل بعثه حتى كانوا يسمونه امينا وكانوا يعرفونه محتررا عن الكذب غاية الاحترار فمن كان محتررا عن الكذب على العباد لا يكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم وكانوا اعرف بفهم معانيه واعلم ببلاغته واعجازه فكانت الحجة اياهم الزم فان قيل على هذا وجب ان لا تقبل الجزية من العرب وان كانوا من اهل الكتاب وان كانوا سكنوا فيما بين العرب وتولدوا فيهم ليسوا بعربي الاصل فالنبي عليه السلام صالح بنى نجران على الف ومائتي حلة كل سنة وكذا عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من نضارى بنى تغلب وهم عرب لكن باعتبار سكنائهم في ارض العرب لا باعتبار الاصل هم عبدة الاوثان وانهم اميون كما وصفهم الله تعالى في كتابه ولان الابقاء على ما اعتقده ليكون نوع تخفيف في حقهم واهل الكتاب جنابتهم في الكفر اخف من جناب عبدة الاوثان لاقرارهم ببعض الرسل والكتاب الا ترى انه تعال منا كحمتهم وذيبتهم بهذا القدر فلذلك ثبت هذا النوع من التخفيف قوله بدلا عن القتل او عن القتال فان قيل تلزمها النصره بالمال لو كانت مسلمة فكذا اذا كانت ذمية * فلنا الجزية ما شرعت خلفا عن النصره في حقنا لا غير بل خلفا عن النصره في حقنا وعن القتال او عن القتل في حق المأخوذ منه ولهذا يصرف المأخوذ الى القاتلة لتحصيل النصره بماله كما تحصل ببدنه لو كان مسلما فاذا لم يكن من اهل القتال والقتل والجزية بدل عن الامرين فلا تجب باحدهما قوله وعن النصره في حقنا لان اهل النعمة يصيرون مآذرا والقيام بنصرة الدار واجب على اهله ولا تصلح ابدانهم لهذه النصره لعلهم الى اهل الدار المعادية اعتقادا فوجب الشرع عليهم في اموالهم جزية عقوبة لهم على كفرهم بدلا عن القتل وخلفا عن النصره التي فانت باصرارهم على الكفر في حقنا قوله وجوابه ما قلنا من تغليظ كفرهم واذا ظهرنا عليهم فنتساؤهم وصبيانهم في لانه عليه السلام سا ذرية او طاس وهو ازن واسترق ابو بكر رضي الله عنه نسوان بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسم بين الغانمين حتى وقع في سهم على رضي الله عنه الحنيفة فولد منها محمد بن الحنيفة واذا ظهرنا عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين الا ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام وذراري عبدة الاوثان من العرب ونساءهم لا يجبرون على الاسلام * وحنيفة ابو حى من العرب قوله وعلى اعتبار الثاني لا يجب اي على اعتبار النصره لانه لا يجب عليهم النصره والجزية بدل عن القتل في حقهم وعن النصره في حقنا قوله ولا يؤدى عنهم مواليتهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي تحملوا زيادة الجزية بالسبب هو لاء وتؤخذ الجزية من كل كافر سوى مشركي العرب والمرتدين * واما الصابئون فقد قال ابو حنيفة تؤخذ منهم الجزية * وقال صاحباه لا تؤخذ قالوا وانما قال ذلك ابو حنيفة لانه وقع في رأيه انهم من اهل الكتاب * واما الرزادقة فاخذ الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا لوجاه الزنديق قبل ان تؤخذ فافر انه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لا تقبل توبته لانهم باطنية يظهرن شيئا ويعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم كذا في سير فتاوى قاضيخان قوله وكذلك اذا مات كافرا وكذلك اذا عمى او صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لا يستطيع ان يعمل او صار فقيرا لا يقدر على شىء وبقي عليه من جزية رأسه شىء سقط ذلك الباقي كذا في فتاوى قاضيخان قوله

له انها وجبت بدلا عن العصبة اذا اصل العصبة بالاسلام كما ورد به الحديث والنسبى عصم دمه بغير الاسلام بما التزم من المال للمسلمين او عن السكنى فانه لما اراد سكنى دارنا ابدا لا يمكن الابلال وقد وصل اليه العوض فلا يسقط العوض بعرض الاسلام او الموت قوله في الاجرة والصلح عن دم العميد يعنى لو كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون في معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كما في الاجرة ولو كانت بدلا عن العصبة تكون في معنى بدل الصلح عن دم العميد وذلك لا يسقط بالموت والاسلام فكذا ما هو في معناه.

قوله فالمعجزة في حقهم اظهر لانه نشأ بين اظهروهم وكانوا اعرف بحاله قبل بعثه حتى كانوا يسمونه امينا وكانوا يعرفونه محتررا عن الكذب غاية الاحترار فمن كان محتررا عن الكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم وكانوا اعرف بفهم معانيه واعلم ببلاغته واعجازه فكانت الحجة اياهم الزم فان قيل على هذا وجب ان لا تقبل الجزية من العرب وان كانوا من اهل الكتاب وان كانوا سكنوا فيما بين العرب وتولدوا فيهم ليسوا بعربي الاصل فالنبي عليه السلام صالح بنى نجران على الف ومائتي حلة كل سنة وكذا عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من نضارى بنى تغلب وهم عرب لكن باعتبار سكنائهم في ارض العرب لا باعتبار الاصل هم عبدة الاوثان وانهم اميون كما وصفهم الله تعالى في كتابه ولان الابقاء على ما اعتقده ليكون نوع تخفيف في حقهم واهل الكتاب جنابتهم في الكفر اخف من جناب عبدة الاوثان لاقرارهم ببعض الرسل والكتاب الا ترى انه تعال منا كحمتهم وذيبتهم بهذا القدر فلذلك ثبت هذا النوع من التخفيف قوله بدلا عن القتل او عن القتال فان قيل تلزمها النصره بالمال لو كانت مسلمة فكذا اذا كانت ذمية * فلنا الجزية ما شرعت خلفا عن النصره في حقنا لا غير بل خلفا عن النصره في حقنا وعن القتال او عن القتل في حق المأخوذ منه ولهذا يصرف المأخوذ الى القاتلة لتحصيل النصره بماله كما تحصل ببدنه لو كان مسلما فاذا لم يكن من اهل القتال والقتل والجزية بدل عن الامرين فلا تجب باحدهما قوله وعن النصره في حقنا لان اهل النعمة يصيرون مآذرا والقيام بنصرة الدار واجب على اهله ولا تصلح ابدانهم لهذه النصره لعلهم الى اهل الدار المعادية اعتقادا فوجب الشرع عليهم في اموالهم جزية عقوبة لهم على كفرهم بدلا عن القتل وخلفا عن النصره التي فانت باصرارهم على الكفر في حقنا قوله وجوابه ما قلنا من تغليظ كفرهم واذا ظهرنا عليهم فنتساؤهم وصبيانهم في لانه عليه السلام سا ذرية او طاس وهو ازن واسترق ابو بكر رضي الله عنه نسوان بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسم بين الغانمين حتى وقع في سهم على رضي الله عنه الحنيفة فولد منها محمد بن الحنيفة واذا ظهرنا عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين الا ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام وذراري عبدة الاوثان من العرب ونساءهم لا يجبرون على الاسلام * وحنيفة ابو حى من العرب قوله وعلى اعتبار الثاني لا يجب اي على اعتبار النصره لانه لا يجب عليهم النصره والجزية بدل عن القتل في حقهم وعن النصره في حقنا قوله ولا يؤدى عنهم مواليتهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي تحملوا زيادة الجزية بالسبب هو لاء وتؤخذ الجزية من كل كافر سوى مشركي العرب والمرتدين * واما الصابئون فقد قال ابو حنيفة تؤخذ منهم الجزية * وقال صاحباه لا تؤخذ قالوا وانما قال ذلك ابو حنيفة لانه وقع في رأيه انهم من اهل الكتاب * واما الرزادقة فاخذ الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا لوجاه الزنديق قبل ان تؤخذ فافر انه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لا تقبل توبته لانهم باطنية يظهرن شيئا ويعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم كذا في سير فتاوى قاضيخان قوله وكذلك اذا مات كافرا وكذلك اذا عمى او صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لا يستطيع ان يعمل او صار فقيرا لا يقدر على شىء وبقي عليه من جزية رأسه شىء سقط ذلك الباقي كذا في فتاوى قاضيخان قوله

فالمعجزة في حقهم اظهر لانه نشأ بين اظهروهم وكانوا اعرف بحاله قبل بعثه حتى كانوا يسمونه امينا وكانوا يعرفونه محتررا عن الكذب غاية الاحترار فمن كان محتررا عن الكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم وكانوا اعرف بفهم معانيه واعلم ببلاغته واعجازه فكانت الحجة اياهم الزم فان قيل على هذا وجب ان لا تقبل الجزية من العرب وان كانوا من اهل الكتاب وان كانوا سكنوا فيما بين العرب وتولدوا فيهم ليسوا بعربي الاصل فالنبي عليه السلام صالح بنى نجران على الف ومائتي حلة كل سنة وكذا عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من نضارى بنى تغلب وهم عرب لكن باعتبار سكنائهم في ارض العرب لا باعتبار الاصل هم عبدة الاوثان وانهم اميون كما وصفهم الله تعالى في كتابه ولان الابقاء على ما اعتقده ليكون نوع تخفيف في حقهم واهل الكتاب جنابتهم في الكفر اخف من جناب عبدة الاوثان لاقرارهم ببعض الرسل والكتاب الا ترى انه تعال منا كحمتهم وذيبتهم بهذا القدر فلذلك ثبت هذا النوع من التخفيف قوله بدلا عن القتل او عن القتال فان قيل تلزمها النصره بالمال لو كانت مسلمة فكذا اذا كانت ذمية * فلنا الجزية ما شرعت خلفا عن النصره في حقنا لا غير بل خلفا عن النصره في حقنا وعن القتال او عن القتل في حق المأخوذ منه ولهذا يصرف المأخوذ الى القاتلة لتحصيل النصره بماله كما تحصل ببدنه لو كان مسلما فاذا لم يكن من اهل القتال والقتل والجزية بدل عن الامرين فلا تجب باحدهما قوله وعن النصره في حقنا لان اهل النعمة يصيرون مآذرا والقيام بنصرة الدار واجب على اهله ولا تصلح ابدانهم لهذه النصره لعلهم الى اهل الدار المعادية اعتقادا فوجب الشرع عليهم في اموالهم جزية عقوبة لهم على كفرهم بدلا عن القتل وخلفا عن النصره التي فانت باصرارهم على الكفر في حقنا قوله وجوابه ما قلنا من تغليظ كفرهم واذا ظهرنا عليهم فنتساؤهم وصبيانهم في لانه عليه السلام سا ذرية او طاس وهو ازن واسترق ابو بكر رضي الله عنه نسوان بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسم بين الغانمين حتى وقع في سهم على رضي الله عنه الحنيفة فولد منها محمد بن الحنيفة واذا ظهرنا عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين الا ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام وذراري عبدة الاوثان من العرب ونساءهم لا يجبرون على الاسلام * وحنيفة ابو حى من العرب قوله وعلى اعتبار الثاني لا يجب اي على اعتبار النصره لانه لا يجب عليهم النصره والجزية بدل عن القتل في حقهم وعن النصره في حقنا قوله ولا يؤدى عنهم مواليتهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي تحملوا زيادة الجزية بالسبب هو لاء وتؤخذ الجزية من كل كافر سوى مشركي العرب والمرتدين * واما الصابئون فقد قال ابو حنيفة تؤخذ منهم الجزية * وقال صاحباه لا تؤخذ قالوا وانما قال ذلك ابو حنيفة لانه وقع في رأيه انهم من اهل الكتاب * واما الرزادقة فاخذ الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا لوجاه الزنديق قبل ان تؤخذ فافر انه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لا تقبل توبته لانهم باطنية يظهرن شيئا ويعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم كذا في سير فتاوى قاضيخان قوله وكذلك اذا مات كافرا وكذلك اذا عمى او صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لا يستطيع ان يعمل او صار فقيرا لا يقدر على شىء وبقي عليه من جزية رأسه شىء سقط ذلك الباقي كذا في فتاوى قاضيخان قوله

له انها وجبت بدلا عن العصبة اذا اصل العصبة بالاسلام كما ورد به الحديث والنسبى عصم دمه بغير الاسلام بما التزم من المال للمسلمين او عن السكنى فانه لما اراد سكنى دارنا ابدا لا يمكن الابلال وقد وصل اليه العوض فلا يسقط العوض بعرض الاسلام او الموت قوله في الاجرة والصلح عن دم العميد يعنى لو كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون في معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كما في الاجرة ولو كانت بدلا عن العصبة تكون في معنى بدل الصلح عن دم العميد وذلك لا يسقط بالموت والاسلام فكذا ما هو في معناه.

كتاب السير (٢٤٤)

باب الجزية

(وهي)

وهي والجزء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لاجاب بدل العصمة والسكنى (وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه 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 مسئلة 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 في وقت امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا سلم لانه تعذر استيفاؤه * ولابي حنيفة انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكفى ان يأتي به بنفسه فيعطى قائما والقابض منه قاعد * وفي رواية يأخذ بتبليبه ويهره هرا ويقول اعطنى الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحودود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لافي الماضي لان القتل انما يستوفى لخراب قائم في الحال لا لخراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه * ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضى مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فتداخل * وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجرى * والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي 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

فصل

(ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام) لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها (وان انهضت البيعة 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

قوله وهي والجزء واحد وهو يطلق على المشوبة والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية وهذا ليست بمشوبة فتعين عقوبة ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار وفي النص اشارة اليه حيث جعل حالاهم عند الاعطاء فيكون اضرارا ظاهرا وهي المعنى بالعقوبة قوله والعصمة تثبت بكونه آدميا جواب عن قول الشافعي انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى قوله ولنا ان ما وجب بدلا عنه فالذمي وجبت الجزية بدلا عنه القتل في حقهم والنصرة في حقنا والقتل انما يستوفى لخراب قائم لا لخراب ماض فكذا النصرة انما تتحقق في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه فلو قلنا بان الوجوب في آخر السنة يلزم ان لا يجب شيء لان في الماضي من السنة لم يبق الخراب قائما ووقعت الغنية عن النصرة فلا يجب * واما الجواب عن اعتباره بالزكوة فقلنا انما وجبت الزكوة في آخر الحول لان الزكوة انما تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستئمان لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء قوله على ما قررنا اشارة الى قوله لان الماضي وقعت الغنية عنه قوله فاوجبناها في اوله بخلاف الزكوة لان سببها المال النامي والنمو لا يتحقق الا ابتداء وقد تدمت مدة النمو بالحول فقبل حولان الحول لا يثبت *

فصل

قوله لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة الخصاء بالكسر والميد على فعال مصدر خصاء يخصيه اي نزع خصيته والاختصاص في معناه خطأ ذكره في المغرب وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء كما يفعله اهل الكتاب حتى يصير في حكم الخصى يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدتهم وكذلك البيعة مطلقا في الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى

والصومعة للمتخلى فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت
لأنه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار
هي التي تقام فيها الشعائر فلان تعارض باظهار ما يخالفها * وقيل
في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض
الشعائر * والروى عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان
اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك
في امصارها وقرىها لقول عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب
قال (ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم
ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل
ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ
اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على
السروج التي هي كهيئة الاكف) وانما يؤخذون بذلك اظهارا
للصغار عليهم وصيانة للضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم
والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو
لم تكن علامة مميزة فلعل يعامل معاملة المسلمين وذلك
لا يجوز والعلامة تجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف
يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في
حق اهل الاسلام * ويجب ان يتميز نساؤهم عن نساؤنا في
الطرفات والحمامات وتجعل على دورهم علامات كيلا يفتق
عليها سائل يدعواهم بالمفخرة * قالوا الاحق ان لا يتوكوا
ليركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فليزلوا في جامع
المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سراجا بالصفة التي تقدمت
ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف
(ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه
السلام او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده) لان الغاية التي
ينتهي بها القتال التزام الجزية لادائها والالتزام باق * وقال
الشافعي سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطاري
ايماه فكذا ينقص امانه اذ عقد الذمة خلفه عنه * ولنا ان
سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطاري
لا يرفع قال (ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب
او يغلبوا على موضع فيحاربوننا) لانهم صاروا حروبا علينا
فيعرب عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (واذا
نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه في الحكم
بيوته بالحق لان الحق بالاموات وكذا في حكم ما حمل
من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد

قوله والصومعة للمتخلى فيها بمنزلة البيعة اي لا يكونون من
احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا قوله والروى عن
صاحب المذهب اي عن ابي حنيفة والمراد من الروى قوله وهذا
في الامصار دون القرى جزر الماء اذا انفجر عن الارض حين غار
ونقص منه ومنه الجزيرة ويقال جزيرة العرب لارضها ومجتمعاتها لان بحر
فارس وبحر الحبش ودخلت فترات قد احاطت بها * الكستيج
عن ابي يوسف خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق
ثيابه دون ما يزينون به من الزنابير المتخذة من الابريسم *
ومنه امر عمر رضي الله عنه اهل الذمة باظهار الكستيجات *
قوله وصيانة للضعفة المسلمين المراد من الضعفة هم الضعفة في
الدين لا الضعفة في البدن اي انما يؤخذ اهل الذمة بما يورث عليهم
الصغار والذلة لكي يروا في اعين الذين لم يتصلبوا في دين
الاسلام على وجه الضغار والذلة حتى لا يقولوا ان الكفار
يتقبلون في النعمة والسدعة والمؤمنين في المحنة والضعفة
وان لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم وروتق حالهم * واليه
اشار الله تعالى الى قوله ولولا ان يكون الناس امة واحدة
لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقما من فضة الآية قوله
فلو لم تكن علامة مميزة فلعل الذمي يعامل معاملة المسلمين
وربما يموت منهم احد فجاء في الطريق فاذا لم تكن معه
علامة يظنونه مسلما فيصنعون به ما يصنعون بيوتى المسلمين
والتعزز عن ذلك واجب في حق الكفار * فان قيل اليس ان
النبي عليه السلام لم يأخذ بذلك يهود المدينة ولا نصارى
نجران ولا مجوس هجر * قلنا انهم في زمن رسول الله صلى الله
عليه وسلم كانوا معروفين بالمدينة لا يشبهه حالهم فكان
لاتقع الحاجة الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثرت الناس
من يعرف ومدن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك وكان
ذلك صوابا قال رسول الله عليه السلام ايما دار عمر فالحق
معه * وذكر التمر تاشى فيكتفى في كل بلد من العلامة بما
تعارفه اهل لان المقصود يحصل بهذا الجفاء هو الغلط في العشرة
والخرق في المعاملة وترك الرفق * ومنه قوله فانه جفاء في حق
اهل الاسلام اي ترك حسن العشرة باهل الاسلام لان في الامر
لاهل الذمة يتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنابير
عن الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو صديقه
فقد اهان صديقه قوله ليركبوا الا للضرورة كالخروج الى
الرياسة وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه قوله
وكذا في حكم ما حمله من ماله يعني الذمي اذا نقض العهد ولحق
بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون ذلك
المال فينا كالمرتد اذ الحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار فماله في

فصل

فصل

بنو تغلب قوم من نصارى العرب وكان لهم شوكة وقوة فطال بهم
عمر رضى الله عنه الجزية فابوا وخاف عمر رضى الله عنه ان
يلحقوا بالروم فيصيروا عونا لهم وطلبوا ان يؤخذ منهم ما يؤخذ
من المسلمين فابى ذلك عمر فوقع الصلح على ان يضاعق عليهم
ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات بمحض من الصحابة
ثم اختلفوا في هذا الواجب فقال زفر والشافعى
هر جزية حتى لا يؤخذ من نسائهم وصبيانهم وقال اصحابنا
هو واجب بشرائط الزكوة في حق المأخوذ منهم وخراج الارض
في حق الاخذين لان الصلح وقع على تضعيف الزكوة ومن
قضية التضعيف ان يعم مواضع وجوب الصدقة ولا يتبدل
الشروط والاسباب فجعل الواجب في حقهم بشرائط الزكوة
واسبابها قوله والمرأة من اهل وجوب مثله اى مثل مال وجب
بالصلح قوله ولا يراعى فيها شرائطها اى لا يراعى في
المضاعفة من الزكوة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم
القول من بدلتايب والاعطاء قائما والقبض قاعدا واخذ التليب
والهز قوله بمنزلة مولى القرشى اى لا تؤخذ الجزية وخراج
الارض من القرشى وتؤخذ من معتقه فكذلك ههنا تؤخذ
الجزية من معتق التغلبى وان لم تؤخذ من التغلبى * ولنا
ان هذا تخفيف اى اخذ ضعف ما يؤخذ من المسلم تخفيف
لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى
لا يلحق بالاصل في التخفيف * واما قوله عليه السلام مولى
القوم منهم فقلنا قد تعذر اجره هذا الحديث على عمومه لان عقاد
الاجماع على ان مولى الهاشمى لا ينزل منزلة الهاشمى في الكفاة
وكذلك مولى القرشى على ما ذكرناه واذا تعذر اجراؤه على
العموم يجب تأويله على معنى التعاون والتناصر لانه من
لوازمه فان الرجل متى كان من القوم يقوم بنصرتهم واما حرمان
مولى الهاشمى عن الصدقات باعتبار الاحترام والاستعظام
وقد ذكرنا ان الحديث مأول بمعنى التناصر في التناصر استعظام
فلذلك الحق مولى الهاشمى به في ذلك المعنى كذا في الفوائد الظهيرية
قوله لان الغنى من اهلها اى في الجملة بان كان عاملا *
القنطرة ما لا يرفع * والجسر ما يرفع قوله ومن مات في نصف
السنة فلا شىء له من العطاء والعطاء ما يكتب للفرقة في الديوان
ولكل من قام بأمر من امور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس
وفي الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مؤنة في الاسلام
كازواج النبي عليه السلام واولاد المهاجرين والانصار رضى
الله عنهم وكذا لومات في اخر السنة لا يورث العطاء لبا قلنا
انه صلة فلا يملك قبل القبض كالمراة اذا ماتت ولها نفقة
مفروضة في ذمة الزوج تسقط كذا هنا * وانا وضع المسئلة
في نصف السنة لانه لومات في آخر السنة يستحب صرف ذلك
العطاء الى قريبه لانه قد اوفى غناه فيستحب صرفه الى ورثته
ليكون اقرب الى الوفاء *

(ونصارى بنى تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ
من المسلمين من الزكوة) لان عمر رضى الله عنه صالحهم
على ذلك بمحض من الصحابة رضى الله تعالى عنهم (ويؤخذ
من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لان الصلح وقع على
الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا
المضاعف * وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول
الشافعى لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضى الله عنه
هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية
ولاجزية على النسوان * ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة
من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال
بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه
شرائطها (ويوضع على مولى التغلبى الخراج) اى الجزية
(وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى) وقال زفر
يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الا ترى ان
مولى الهاشمى 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
الحرمة تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمى فى حقه
ولا يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليه الصدقة لان
الغنى من اهلها وانا الغنى مانع ولم يوجد في حق
المولى اما الهاشمى فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين
لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاة قال (وما
جباه الامام من الخراج ومن اموال بنى تغلب وما اهداه
اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين
كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة
المسلمين وعمالهم وعلمائهم 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 الدرارى على الاباء فلو لم يعطوا
كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال
(ومن مات في نصف السنة فلا شىء له من العطاء)
لانه نوع صلة وليس يدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض
ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى

باب احكام المرتدين

قال (واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة ككشفت عنه) لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال (ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والاقتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل) وتأويل الاول انه يستعمل فيمهل اى قوله ويحبس ثلاثة ايام اذا استعمل فيمهل ثلاثة ايام اما اذا لم يستعمل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف يستحب للامام ان يمهل وان لم يطلب * وقال الشافعي يجب الامهال ولا يعجل القتل قبل ذلك قوله لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار * فان قيل هذا نصب الحكم بالرأى في الموضع الذي لا مدخل فيه للرأى لانه من المقادير وفيها لا يجرى الرأى * قلنا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلاثة ايام ورود فيه للمعنى الجامع بينهما بعينه لان التقدير هناك بثلاثة ايام للتأمل والتقدير بها هنا ايضا للتأمل قوله وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام اى بعد الاتيان بكلمتى الشهادتين قوله لان الكفر مبيح اى كفر المحارب قوله وقال الشافعي تقتل لما روينا وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه كلمة من تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه * وبه تبين ان الموجب للقتل تبديل الدين لان مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقق تبديل الدين منها والاشتراف في العلة يوجب الاشتراف في الحكم ولان ردة الرجل تبيح القتل لتغلظ الجناية اذ انكار بعد الاقرار اغلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار ورتبها تشاركا فيها فتشاركا في موجبا كالزنا مع الاحصان * ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبديل الدين جناية عظيمة ولاكنها بين العبد وربها فالجزء عليها مؤخر الى دار الآخرة لان الاصل في الاجزية تأخيرها الى دار الجزاء اذ تعجيله يخل بمعنى الابتلاء وما عجل في الدنيا صيانة شرعت لمصالح تعود اليها كالقصاص وحد القذف والزنا والسرقة والشرب لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول * وانما عدل عنه في الرجل لدفع شرناجز وهو الحراب وهو معدوم في المرأة اذ بنيتها لاتصلح للحراب فلا تقتل في الكفر الاصلى والطارىء قوله فتجبر على ايفائه بالحبس لانه شرع على منع المحقوق مع القدرة على الاداء كما في حقوق العباد قوله فلما ذكرنا اى لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار

باب احكام المرتدين

قال عليه السلام لعلى رضى الله عنه لان يهدى الله بك واحدا خير من ان تقتل ما بين المشرق والمغرب قوله وتأويل الاول انه يستعمل فيمهل اى قوله ويحبس ثلاثة ايام اذا استعمل فيمهل ثلاثة ايام اما اذا لم يستعمل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف يستحب للامام ان يمهل وان لم يطلب * وقال الشافعي يجب الامهال ولا يعجل القتل قبل ذلك قوله لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار * فان قيل هذا نصب الحكم بالرأى في الموضع الذي لا مدخل فيه للرأى لانه من المقادير وفيها لا يجرى الرأى * قلنا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلاثة ايام ورود فيه للمعنى الجامع بينهما بعينه لان التقدير هناك بثلاثة ايام للتأمل والتقدير بها هنا ايضا للتأمل قوله وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام اى بعد الاتيان بكلمتى الشهادتين قوله لان الكفر مبيح اى كفر المحارب قوله وقال الشافعي تقتل لما روينا وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه كلمة من تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه * وبه تبين ان الموجب للقتل تبديل الدين لان مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقق تبديل الدين منها والاشتراف في العلة يوجب الاشتراف في الحكم ولان ردة الرجل تبيح القتل لتغلظ الجناية اذ انكار بعد الاقرار اغلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار ورتبها تشاركا فيها فتشاركا في موجبا كالزنا مع الاحصان * ولنا انه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبديل الدين جناية عظيمة ولاكنها بين العبد وربها فالجزء عليها مؤخر الى دار الآخرة لان الاصل في الاجزية تأخيرها الى دار الجزاء اذ تعجيله يخل بمعنى الابتلاء وما عجل في الدنيا صيانة شرعت لمصالح تعود اليها كالقصاص وحد القذف والزنا والسرقة والشرب لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول * وانما عدل عنه في الرجل لدفع شرناجز وهو الحراب وهو معدوم في المرأة اذ بنيتها لاتصلح للحراب فلا تقتل في الكفر الاصلى والطارىء قوله فتجبر على ايفائه بالحبس لانه شرع على منع المحقوق مع القدرة على الاداء كما في حقوق العباد قوله فلما ذكرنا اى لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار

قال (ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها) قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص * وله انه حربى مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل بالحرب وهذا يوجب زوال ملكه وما لكيتته 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 يزول مسلما ولم يعمل بالسبب وان مات او قتل على رده ولو حلق بدار الحرب وحكم بالحاقه استقر كفره فعمل السبب عمل زوال ملكه قال (وان مات او قتل على رده انتقل ما اكتسبه في حال اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال رده فيثما) وهذا عند ابي حنيفة (وقال ابو يوسف ومحمد كلاهما لورثته) وقال الشافعى كلاهما في لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربى لا امان له فيكون فيثما * ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل رده اذ الردة سبب الموت فيكون تورث المسلم من المسلم * ولا يبي حنيفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدم قبلها ومن شرطه وجوده * ثم انها يرثه من كان وارثا له حال الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبار الاستناد * 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 رده وهى في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمردة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهى مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانه لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال (وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاظه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التى عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين) وقال الشافعى يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام * ولنا انه بالمحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هى منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء

قوله ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى اى محفوظا وموقوفا والى ان يتبين حاله لان رده توجب زوال ملكه على قول ابي حنيفة ثم لو اسلم فماله على ما كان وان مات او قتل يكمل السبب المزيل لملكه وقت الموت مستندا الى اول السبب وهو الردة كما في البيع بشرط الخيار فانه اذا اجيز بثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعا على هذا الطريق التورث فيه تورث المسلم من المسلم * فان قيل والملك امان يكون قبل الردة او معها او بعدها والحكم لا يسبق السبب ولا يقرن به بل يعقبه وبعد الردة هو كافر * قلنا نعم المزيل للملك رده كما ان المزيل للملك موت المسلم * ثم الموت يزول الملك عن الحي لاجل الميت فكذلك الردة تزول الملك عن المسلم وكما ان الردة تزول ملكه فكذلك تزول عصمة نفسه وانما تزول العصمة عن معصوم لاجل غير معصوم فيتحقق بهذا الطريق تورث المسلم من المسلم قوله ثم هو مال حربى لا امان له فيكون فيثما فيوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ذافع قلنا المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام وورثته شاركوا المسلمين في الاسلام ويرجعوا عليهم بالقرابة لان ذا السببين مقدم على ذى سبب واحد فكان الصرف اليهم اولى قوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج وكونه مكلفا يشعر بكمال الاهلية وكمال الاهلية لا يقتضى زوال الملك بل يقتضى تقرر هذا المالك كالمحكوم برجمه حيث لا يزول ملكه هناك قوله وبقي وارثا الى وقت موته حتى لو اسلم بعض قرابته بعد رده او ولد له من علوق حادث بعد رده لا يرثه على هذه الرواية قوله لانه يصير فارا * فان قيل ببجرد الردة تقع الفرقة فكيف يصير فارا وهو صحيح البدن قلنا لان الردة سبب الموت وحق الوارث يتعلق بمال المورث باول سبب الموت كما في المرض فيثبت التعلق باول اجزاء الردة ثم البيوتة بعد تمامها وهو في تمام الردة مختار فيتحقق منه الابانة في حال ماتعلق حقا بماله فيصير فارا وهذا بخلاف ارتداد المرأة في صحتها لان ارتدادها لم يكن سببا للموت اذ هى لا تقتل بالردة والمردة اكسابها لورثتها المسلمين لانه لا حراب منها فلم يعر مالها فيثما بل يبقى على ملكها وحق الناس بمالها ورثتها

قوله وكسب الردة خالص حقه * فان قيل هذا يناقض قوله قبل هذا اما كسب الردة فليس بمملوك له * قلنا لا يلزم من كونه خالص حقه ان يكون ملكا له كما كسب المكاتب تكون خالصة له وهي ملك المولى فيكون معنى قوله خالص حقه اي لا يتعلق به حق الورثة * واقضى ما في الباب ان يكون ذلك فيمّا على تقدير موته على الردة وكونه فيمّا لا يخرج من ان يكون حقه باقيا فيه حتى تقضى ديونه منه كالذمي اذ مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين وتقضى ديونه منه

كتاب السير (٢٥٠) باب احكام المرتدين

قوله وقال يجوز ما صنع في الوجهين احدهما الاسلام والثاني احد الاوجه الثلاثة من الموت والقتل وللحقوق قوله نافذ بالاتفاق والاستيلاء والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى اذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه يثبت نسبه منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الامة ام ولده لان حقه في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده وذا يكفي لصحة الاستيلاء فهذا احق والطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية فقد صح طلاق العبد مع قصور ولايته * وفي الكافي للعلامة النسفي وصورته اذا ارتدا معا وشارفي الاسرار الى ان ردة احد الزوجين سبب موجب للفرقة على سبيل المنافاة حكما لا وضعا بدليل ان الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعا ووضعها وكذلك يصح في غير النكاح ولان الفرقة عقيب الردة بلا فصل واقعة بالاجماع في غير المدخول بها فثبت انها واقعة لمنافاة بينهما حكما اذ الثالث ههنا واذا كان كذلك كانت المعلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لانعدام تأييد الحرمة فكانت المرتدة في العدة محلا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم فبعملناه فسغا عملا بالشبهين بخلاف الحرمة الثابتة بالحرمية لانها مؤبدة فكانت منافية للنكاح من كل وجه فلم يبق محلا للطلاق لانعدام فائدة اثر الطلاق * وذكر في المحيط وكل فرقة توجب التحريم مؤبدا فان الطلاق لا يلحق المرأة لانه لا يظهر الاثر واذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين منافي للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة قائمة فيقع الطلاق ومن هذا القسم قبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبه المأذون قوله وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعهد الملة ولا ملة له * وذكر في النهاية فان قيل ايش تعنى بالملة ان عنت بهاملة الاسلام ينقض بصحة نكاح اهل الكتاب وان عنت بها الملة السماوية ينقض بصحة نكاح النجوس واهل الشرك فيما بينهم اذ ليست لهم ملة سماوية اصلا مقرر ولا محرمة ومع ذلك نكاحهم محكوم بالصحة والدليل على صحة نكاحهم وجوب الحكم على قاضي اهل الاسلام بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين ولانهم لو اسلموا على نكاحهم ذلك يقرون عليه اذالم يكن النكاح في ذات رحم محرم منهم وقال عليه السلام ولدت من نكاح لامن سفاح * قلنا قال الامام ظهير الدين في الفوائد وقد راجعت الفصول في هذا فلم اجد لديوم ما يجعلني نفعا وكنت في ذلك متأملا حتى هجس في فوائدي والتايط بصغرى ان البعنى من تلك الملة هي الملة التي يتدينون بذلك النكاح ويقرون على ذلك لان عند ذلك يحصل ماهو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل وتتنظم مصالح النكاح واذا كان كذلك فالمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما وذلك لان المرتد يستتاب بالسيف والمرتدة تستتاب بالحبس فكيف

القاضي لاحتمال العود اليها فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرنا ها كما في الموت الحقيقي * ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان المحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال * وقال ابو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذ لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف (وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال رده من الديون يقضى مما اكتسبه في حال رده) قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى هذه رواية عن ابي حنيفة * وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة * وعنه على عكسه * وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبيين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى 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 يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فينتد يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى 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 فينتد يقضى من كسب الاسلام بتقديم حقه * وقال ابو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبيين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما قال (وما باعه او اشترى او اعتقه او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال رده فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند ابي حنيفة (وقالا يجوز ما صنع في الوجهين) اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له

(وموقوف)

فالحاصل ان حل الذبيحة يقضى ملة يتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقضى ملة لو مات عليها يرثه من كان عليها يرثه لانهم دانوا ديننا لو مات من عليه يرثه من كان عليه ويقرون على ذلك الدين فحينئذ تنتظم مصالح النكاح فيصح نكاحهم بخلاف المرتد والمرتدة على ما قلنا فلا يصح نكاحهما

قوله وهو موقوف بالاتفاق كالمفاوضة فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضى بلحاظه بطلت المفاوضة اتفاقا ولكن يظهر انها كانت عنانا عندهما
وعند ابين حنيفة يبطل اصل الان في العنان وكالة وهي موقوفة **قوله** على ما قررناه من قبل وهو قوله لانه مكلف محتاج آه **قوله** ولهذا لو ولد بعد الردة لستة
اشهر من امرأة مسلمة يرثه وهذا لا يوضح ان الملك للمرتد باق

كتاب السير (٢٥١) باب احكام المرتدين

وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة
بين المسلم والمرتد ما لم يسلم * ومختلف في توقيفه
وهو ما عددناه * لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاد
يعتمد الملك ولا خفاء في 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 فتصح
تصرفاته الا ان عند ابى يوسف تصح كما تصح
من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا
يقتل وصار كالمرتدة * وعند محمد تصح كما تصح
من المريض لان من انتحل الى خلة لا سيما معرضا عما نشأ
عليه قاما يتركه فيبقى الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها
لا تقتل * ولا يحنيفة انه حربى مقهور تحت ايدينا على
ما قررناه في توقيف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار
الحربى يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر وتتوقف
تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطان
سبب العصمة في الفصلين فوجب خلافا في الاهلية بخلاف الزانى
وقائل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف
المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل (فان عاد المرتد بعد
الحكم بلحاظه الى دار الاسلام مسلما فما وجدته في يد
ورثته من ماله بعينه اخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه
لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا
ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه
لان القضاء قد يصح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما
قبل ان يقضى القاضى بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا
(واذا وطى المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام
فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي
ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية
مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب)
اما صحة الاستيلاء فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت
نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار
في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد
مسلم تبعا لها لانها خيرهما ديننا 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

الى حالة الاسلام ليكون فيه توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة يرضى بهذه المسئلة لان الولد هانم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا
يرث فعلم بهذا ان الصحيح هو ما رواه محمد عن ابى حنيفة انه يرثه من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعد ذلك

والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضى بالحافه فكان الوارث مالكا قديما (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذى اسلم) لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذى هو يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (واذا قتل المرتد رجلا خطاء ثم لحق بدار الحرب او قتل على رده فالدية فى مال اكتسبه فى حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة وقالوا الدية فيما اكتسبه فى حالة الاسلام والردة جميعا) لان العواقل لاتعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون فى ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته فى الحالىين ولهذا تجرى الارث فيهما عندهما وعند ماله المكتسب فى الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب فى الردة لتوقف تصرفه * ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده (واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على رده من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية فى ماله للورثة) اما الاول فلان السراية حلت محللا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة * واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بالحافه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثه فى التقدير فلا يعود حكم الجنابة الاولى فاذا لم يقض القاضى بالحافه فهو على الخلاف الذى نبينه ان شاء الله تعالى قال (فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة) وهذا عند ابي حنيفة وابى يوسف (وقال محمد وزفر فى جميع ذلك نصف الدية) لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم * ولهما ان الجنابة وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذالم تتخلل الردة وهذا لانه لامعتبر بقيام العصمة فى حال بقاء الجنابة وانما المعتبر قيامها فى حال انعقاد السبب وفى حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله * وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين (واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابتى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاة مكاتبته وما بقى فلورثته) وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتباً واما عند ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك ا كسابه بالكتابة

قوله والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضى هنا اذا رجع بعد قضاء القاضى بماله لورثته فاما قبل القضاء فكذلك فى رواية وفى رواية يكون فيثالان بمجرد الحقوق لا يصير المال ملكا للورثة * وجه الاول ان القضاء شرط ليرجع جانب عدم الرجوع الى دارنا فتقرر موته ولما خرج اليها مغيرا ورجع بماله ظهر انه لا يريد العود الى دارنا فتقرر موته من حين اللجوء بدار الحرب فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت فانما اخذ المرتد مال الورثة فلها يرد عليهم قوله فبالكتابة اى بدل الكتابة قوله لنفوذها بدليل منفذ لصورها من الابن حال ولايته قوله لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب الى الضمان بالاسلام لان الردة معنى لومات عليه بالسراية لا يلزم شىء فكذا اذالم يموت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او تناقضا البيع ثم مات لا يجب الادية اليد كبا لومات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يجب بالسراية شىء * ولان البيع معنى يقطع ملكه فى النفس مع قيام النفس محترمة والردة تبطل حق النفس اصلا انا نقول ان الردة ليست ببراءة عن ضمان الجنابة وضعا ولا شرعا بل هى لتبديل الدين الا ترى انها تصح من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف ما اذا باع العبد المجنى عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابراء كذا فى الاسرار قوله وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين فانه اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند اليمين او عند الحنث لم يعتق هذا هو الحكم فى المقطوعة يده وان كان القاطع هو الذى ارتد فقتل ومات المقطوعة يده من قطع اليد مسلما فاذا كان عمدا فلا شىء له لان الواجب فى العبد القود وقد فات محله حين قتل على رده او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجنابة كان مسلما وحنابة المسلم اذا كان خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنابته كانت قتلا

قوله والكتابة لا تتوقف بالردة لانها لا تبطل بحقيقة الموت فلا تبطل باللعاق الذي هو شبه الموت * فان قيل سلمان المالك يملك اكسابه وان كان مرتدا لكن لما قتل عن وفاة كان حرافي آخر جزء من اجزاء حياته كما هو مذهبنا ثم تستند حرية الى ما قبل الموت حتى يحكم بهرية اولاده الموجودين في حال كتابته فحينئذ كان ما اكتسبه في حال الارتداد كسب الحر المرتد فيجب ان يكون فينا على قول ابي حنيفة * قلنا ذلك جواب القياس واما جواب الاستحسان فهو ميراث لورثته لانا حكمنا بحرية بالاداء بعد الموت في الحقوق المستحقة بالكتابة وذلك حرية اولاده وحقيقة الملك له في المكاسب وفيما عدا ذلك يعتبر ميتا عدا الا ترى انه لا ينفذ وصيته وان مات عن وفاء لانها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة واذا كان كذلك فنقول في عدم صيرورته فينا يجعل كانه مات عدا وكسب العبد المرتد لا يكون فينا كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** فكندا بالادنى وهو الردة يعنى ان الرق اقوى من الردة في المانعية من التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاء وعندها عامة

كتاب السير (٢٥٣) باب احكام المرتدين

تصرفاته نافذة كالبيع والشرأ وغيرهما اما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع انه رقيق لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد بالطريق الاولى **قوله** فعملت المرأة في دار الحرب قيل ذكر دار الحرب وقع اتفاقا فانها اذا حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله يشتمل على فائدة وهى ان العلوق متى كان في دار الحرب كان بعد عن الاسلام ومتى كان في دار الاسلام كان اقرب الى الاسلام باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرها بالطريق الاولى **قوله** ولا يجبر ولد الولد وهو ظاهر الرواية * ووجهه انه لو كان مسلما تبعا لجده وكان تبعا لجده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام فلا يجبر على الاسلام تبعا للجده ولا يجبر ايضا تبعا لابيه وهو الولد الاول لان التبعية لا يستتبع غيره * وقوله فالولدان في * اما ولد الولد فلانه كافر اصلى واما الولد الاول فلانه ولد المرتدة وولد المرتدة يسمى تبعا للام لان الولد يتبع الام في الرق والحرية **قوله** كلها على الروايتين اى في ظاهر الرواية لم يجعل الجده منزلة الاب في تلك المسائل * وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة جعل الجده فيها بمنزلة الاب * اما صورة صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهى ما ذكره * واما صورة صدقة الفطر فهى ان الاب اذا كان فقيرا او عبدا والجده موسر هل يجب فطرة الجاهل على الجده ام لا * وصورة جبر الولا انه اذا اعتق الجده والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولا الحافد لمولى الجده ام لا * وصورة الوصية للقرابة اذا وصى رجل لذي قرابة لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجده ام لا ففي ظاهر الرواية يدخل وفي رواية الحسن لا يدخل **قوله** ولا يقتل اى وان اذرك كافرا **قوله** وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور وهو قوله * سبقتكم الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت او ان علم * وقيل اول من اسلم من الرجال ابو بكر رضى الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان على رضى الله عنهم والتعلق بهم مشكل اذ لم ينقل انه عليه السلام صحح اسلامه في احكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفقرة * وان قلت صحح في احكام الآخرة فهنا مسلم ولا كلام فيه انما الكلام في احكام الدنيا * فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما * قلنا هى حكاية حال فلا عموم لها واحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها **قوله** ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام * فان قيل الاسلام منفعة محضة والردة مضرحة محضة ولا يلزم من تحقق ما هو منفعة محضة تحقق ما هو مضرحة محضة وان كان بعد وجوده حقيقة الا ترى ان قبول الهبة صحيح لانه منفعة محضة وردها باطل لانه مضرحة محضة فكيف يقاس الردة بالاسلام * قلنا هذا من اعتبار الشئ * بعد وجود حقيقته فبعد ذلك لا يعتبر انه منفعة للصبي او مضرحة وهذا لان الردة منه بهول يخالفه وجهه في سائر الاشياء معتبر حتى

والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا الكسب به الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكندا بالادنى بالطريق الاولى واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في * لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجده واصله التبعية في الاسلام * وهى رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين * والثانية صدقة الفطر * والثالثة جبر الولا * والاخرى الوصية للقرابة قال (وارتداد الصبي الذى يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعى اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد * لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرحة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضى الله عنه اسلم فى صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما تتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقبوية وهى من اجل المنافع وهو الحكم الاصلى ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بشوبه * ولهم في الردة انها مضرحة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر * ولا يى حنيفة ومحمد فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحة عليهم

(الهداية مع الكفاية) ٣٣٣

لا يجعل عارفا اذا علم جهله به فكذلك جهله برده فهنا يعلم ان قياس الردة بالاسلام صحيح من حيث ان كل منهما اعتبارا للشئ * بعد وجود حقيقته ويعتبر الصبي لا يجعل ما وجد منه حقيقة انه غير موجود الا ترى ان الصبي اذا صام ثم اكل عامدا يتعلم الصوم لوجود حقيقة الاكل ولا يعتبر بالصبي لان من ضرورة كونه اهلا للعتق كونه اهلا لرفعته كما انه لها كان اهلا للعتق الاحرام والصلوة كان اهلا للخروج منه * واتنا لم يصح منه رد الهبة ليا فيه من نقل الملك الى غيره الا ترى ان ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يلحقه من جهة ابيه فيجب ان لا يلحقه من جهة نفسه ايضا **قوله** ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان في هذا التعليل نوع نظر اذ لو كان سقوط القتل عنه باعتبار المرحمة لصاه كان ينبغي ان لا يعذب في النار مخلدا كسائر الكفار وقد صح ان الصبي الكافر يخلد في النار فالصبي المرتد اولى لان كفره اغلظ والصحيح ما علل به في المسبوط لانه لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه *

قوله وهذا في الصبي الذي يعقل يعني في صبي عاقل يقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد عليه السلام حتى اذا ناظر الموحد انهم واذا ناظر الملحدين اضمم والاعتقاد باطن لا يوقف عليه فيقام السبب الظاهر وهو الاقرار عن طوع مقامه كما في البالغ ثم بعد وجود الشئ حقيقة اما ان يسقط اعتباره بحجر شرعي والمجر عن الاسلام باطل ولا يعكم بصحته لضرر يلحقه وذا باطل لانه سبب السعادة الابدية فكان محض منفعة في الدنيا والآخرة وهو الحكم الاصلى الموضوع له * ثم قد يبتنى عليه حرمان الارث والفرقة فلا يبالي بذلك لان المنظور اليه في التصرفات الموضوعات الاصلية الا ترى ان اذا ثبت اذا جعل مسلما تبعا لغيره والتبعية فيما يتمحض نفعا لا فيما يشوبه ضرر وكونه موليا عليه لا ينفى كونه وليا بل يثبت الامران ليتنفع بهما وهذا لانه لما كان قاصر الاهلية صلح موليا عليه ولما كان صاحب اصل الاهلية صلح وليا ومتى جعلناه وليا لم نجعله فيه موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه لم نجعله وليا فيه فانه اذا صار مسلما باسلام نفسه لا يكون فيه تبعا لا بويوه واذا كان مسلما تبعا لا يكون مسلما باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة وقولهم في الردة انها مضرورة محضة * قلنا نعم الردة ضرر لكنه اهل للتصرف الضار اذا كان يندرج في امكانه تلافيه الا ترى ان الاقرار بالرق منه يصح وان كان ضرر الامكان تلافيه باقامة التينة على حريته فان قيل لوصح اسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضا لاستحالة القول بكونه متنفلا في الاسلام ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه متردد بين الفرض والتلف وبخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لغيره لان صفة الفرضية في الاصل مغنية عن اعتباره في التبعية ولانه لو لم يصفى الاسلام بعد ما عقل لاتقع الفرقة بينه وبين امرائه ولو صار عقله معتبرا في الدين لوقعت الفرقة اذا لم يحسن ان يصفى كما بعد البلوغ * قلنا انما لم يكن مخاطبا بالاداء لدفع المخرج عنه اذا امتنع وهذا يدل على انه يحكم بصحته اذا ادى باعتباره عند الاداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود كالسافر لا يخاطب باداء الجمعة واذا ادى يقع ذلك فرضا بهذا الطريق وهذا لان عدم توجه الخطاب بالاسلام لدفع الضرر ولا ضرر عليه اذا اخرج الخطاب بهذا الطريق بل تتوفر عليه المنفعة مع انه يحكم باسلامه لوجود حقيقته من غير ان يتعرض بصفة وانما لا تبين زوجته منه اذا لم يحسن ان يصفى بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية والاصالة ولتوفير معنى المنفعة عليه اما قوله انه تبع لا بويوه فيه فلا يجعل اصلا * قلنا انما يتنفع المجمع بين معنى التبعية والاصالة اذا كان بينهما مضافة فاما اذا تأيد احدهما بالآخر فذلك مستقيم كالمراة اذا سافرت مع زوجها ونوت السفر فهي مسافرة بنيتها مقصودة وتبعا لزوجها ايضا *

وهذا 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

باب البغاة

(واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) لان عليا رضى الله عنه فعل كذاك باهل حرورا قبل قتالهم ولانه اهون الامر من لعل الشر يندفع به فيبدأ به (ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبيد الضعيف هكذا ذكره القدورى في مختصره * وذكر الامام المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا * وقال الشافعى لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيع 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 يشتررون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان * والمروى عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة (فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم) دفعا لشرهم كيلا ياحقوا بهم (وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم) لاندفاع الشر دونه * وقال الشافعى لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا * وجوابه ما ذكرناه ان الاعتبار دليل للاحقيقته (ولا يسبى لهم خوية ولا يقسم لهم مال) لقول على رضى الله عنه يوم الجهل ولا يقتل اسير ولا يكشف بستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب * وقوله في الاسير تأويله اذا لم تكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير

باب البغاة

قوله باهل حروراء وهي قرية بالكوفة تبتد وتقصرو سبب خروجهم انهم قالوا القتال واجب بالنص وعلى رضى الله عنه ترك القتال بالتحكيم فارسل على عبدالله بن عباس رضى الله عنهما ليكشف شبهتهم فلما ذكروا قال ابن عباس رضى الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنى من بيض الحمام وفيه التحكيم **لقوله** تعالى يحكم بهذوا عدل منكم فكان تحكيم على رضى الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصر قوم على ذلك **قوله** اهون الامر من الدعاء الى العود الى الجماعة بكشف شبهتهم والقتال **قوله** المعروف بخواهر زاده وهو خواهر زاده للقاضى الامام ابي ثابت **قوله** والمروى عن ابي حنيفة من لزوم البيت قال ابو حنيفة اذا وقعت الفتنة بين المؤمنين ينبغي ان يعزل الفتنة ويعتزل عنها ويلزم البيت ولا يخرج الى الفتنة وتأويله اذا لم يكن له امام يدعو الى القتال اما اذا كان له امام وله غناء لا يسعه التقاعد * وفي الحديث اذا هاجت الفتنة كن جليس بيتك **قوله** ما ذكرناه اراد به قوله ولنا ان الحكم يدار على الدليل **قوله** يوم الجهل وقعة عائشة رضى الله عنها مع على رضى الله عنه بالبصرة سميت بذلك لانها كانت على جبل اسمه عسكر

(وان)

قوله ما ذكرناه اراد به قوله ولنا ان الحكم يدار على الدليل

وان شاء حبسه لما ذكرنا ولا نهم مسلمون والاسلام يعصم النفس
 والمال (ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون
 اليه) وقال الشافعي لا يجوز * والكراع على هذا الخلاف له انه
 مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه * ولنا ان عليا رضي الله عنه
 قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة
 لا للميلك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند
 الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى
 لدفع الاعلى (ويحبس الامام اموالهم فلا 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
 واما الرد بعد التوبة فلان دفاع الضرورة ولا استغنام فيها
 قال (وما جباه اهل البغى من البلاد التي غلبوا عليها من
 الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا) لان ولاية الاخذ له
 باعتبار الحماية ولم يحبسهم (فان كانوا صرفوه في حقه اجزئ
 من اخذ منه) لوصل الحق الى مستحقه (وان لم يكونوا
 صرفوه في حقه فعلى اهل فيما بينهم وبين الله تعالى ان
 يعينوا ذلك) لانه لم يصل الى مستحقه * قال العبد الضعيف
 قالوا الاعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف
 وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه
 حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه
 الامام لانه يحبسهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما
 من عسكر اهل البغى ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء) *
 لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعد موقبا كالقتل
 في دار الحرب (وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل
 مصر رجلا من اهل مصر عمدا ثم ظهر على المصر
 فانه يقتص منه) وتأويله اذا لم يجر على اهل احكامهم
 وان عجزوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص
 (واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله
 الباغي وقال قد كنت على حق وانا الآن على حق ورثه وان
 قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه) وهذا عند
 ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين
 وهو قول الشافعي واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي
 او ماله لا يضمن ولا ياتم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم
 والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم *
 وقال الشافعي في القديم انه يجب * وعلى هذا الخلاف
 اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا * له انه اتلف
 مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا
 بما قبل المنعة * ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم

قوله وان شاء حبسه لما ذكرنا يريد قوله ولا يقتل اسير
 قوله ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل * واصل هذا حديث
 صفوان فانه عليه السلام اخذ منه در وعا حلة البحارية بغير رضاه
 فقال اغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مؤداة قوله واما عدم
 القسمة فلما بيناه انهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال
 قوله كالقتل في دار الحرب وهو انه اذا قتل مسلما في دار
 الحرب ثم ظهر عليهم فليس على القاتل شيء * فكذلك ههنا
 والجامع انقطاع ولاية الامام في حالة الجناية

رواه الزهري ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاقد منه ماحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنفعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم * وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالتزام او الالتزام ولا التزام لا اعتقاد الاباحة عن تأويل ولا التزام لعدم الولاية لوجود المنفعة والولاية باقية قبل المنفعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل بحق فلا يمنع الارث * ولا يي يوسف في قتل الباغي العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبرا في حق الارث * ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال (ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم) لانه اعانة على المعصية (وليس يبيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس) لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لايبيع مالا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخبر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال (اللقيط حر) لان الاصل في بنى آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الامرار ولان الحكم للغالب (ونفقته في بيت المال) هو المروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبهه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنائته فيه والمثلث متبرع في الاتفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون ديننا عليه لعموم الولاية قال (فان التلقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه) لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده (فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله) معناه اذا لم يدع المثلث نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق المثلث * وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بباينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعبر بعدمه * ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد المثلث وقيل يمتنى عليه بطلان يده * ولو ادعاه المثلث قيل يصح قياسا واستحسانا

قوله رواه الزهري قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله عليه السلام كانوا متوافرين فانفقوا على ان كل دم اريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال اتلف بتأويل القرآن فهو موضوع لان التأويل الفاسد تنزل منزلة الصحيح في حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنفعة كتأويل اهل الحرب فانهم لا يضمنون ما اتلفوا علينا لهذا المعنى * وذلك لان اهل البغي يستحلون الدماء بتأويل ان ارتكاب الرب كفرو قد صارت لهم منعة دافعة فصح الدفع منهم فلا يضمنون لان لزوم الاحكام بالالتزام او بالالتزام ولا التزام لانه باعتقاد حرمة الاتلاف وهم يعتقدون حله حيث يقولون عصى الله ولم يعمل بموجب الكتاب **قوله** الا ان من شرطه اي من شرط الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته قبل استيفاء حقه فبطل واذا قال كنت على الباطل انتفى الدافع وهو التأويل الفاسد فيجب الضمان فيحرم عن الميراث **قوله** لانه اعانة على المعصية وهي حرام **قوله** تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان **قوله** من اهل الكوفة والحكم في غير الكوفة ايضا كذلك الا ان تقييد الكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا فيها اولا **قوله** مالا يقاتل به الا بصنعة كالحديد **قوله** وعلى هذا الخبر مع العنب يعني لا يكره بيع العنب ممن يجعله خمرا اذ العنب ليس باآلة المعصية وانما يصير بعد صيرورته خمرا اما السلاح فانه آلة الفتنة في الحال فيكره بيعه ممن يعرف بالفتنة *

كتاب اللقيط

هو في اللغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ لانه على عرض ان يلقط وهو من باب وصف الشيء بالصفة المشاركة مثل من قتل فتيلاً فله سلبه * وفي الشريعة اسم لمولود طرده اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية * مضيعه آثم ومحرزه غانم لما في احرازه من اعيان النفس فانه على شرف الهلاك واحياء الحي يدفع سبب الهلاك عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن احيها فكنانما احيى الناس جميعا ولهذا كان رفعه افضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على الصغار قال عليه الصلوة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من افضل الاعمال ولهذا ندب التقاط اللقيط ووجب ان غلب على ظنه ضياعه **قوله** ولان الحكم للغالب اي يكون حرا باعتبار الغلبة لان الغالب فيمن يسكن في دار الاسلام الاحرار **قوله** والخراج بالضمان الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه الخراج بالضمان اي الغلة بسبب ان ضمنه والموادها ان ميراثه لبيت المال بسبب ان ضمن بيت المال مؤنته **قوله** ولهذا اي ولان بيت المال ضمن مؤنته كانت جنائته في بيت المال فتكون نفقته فيه **قوله** الا ان يأمره القاضي به ليكون ديننا عليه لعموم الولاية فحينئذ يرجع لان للقاضي ولاية عامة تضار امر القاضي كأمه بنفسه لو كان من اهل الامر هذا اذا امره بالاتفاق ليرجع عليه بان يقول انفق عليه على ان يكون ذلك ديننا عليه فان امره بالاتفاق عليه فقط قيل يرجع لما بينا والاصح ان لا يرجع لان مطلقة وحتمل الحسبة والاستدانة عليه فلا يرجع عليه بالشك

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 ابنيهما) لاستوائهما في
السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنيه لانه ثبت حقه
في زمان لامنازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى
(واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراها
فادعى ذمى انه ابنيه 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
(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 القيط
اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر
الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الا ترى
ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سمي مع الصغير
احدهما يعتبر كافرا * وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا
لصغير (ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لانه حر
ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده (فان ادعى عبد انه ابني
ثبت نسبه منه) لانه ينفعه (وكان حرا) لان المملوك قد تلده
الحره فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحر في دعوته
اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمى) ترجحا لما هو
الانظر في حقه (وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له)
اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها
لما ذكرنا * ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال
ضائع للقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر
القاضي لانه للقيط ظاهرا (وله ولاية الانفاق وشراء ما لا يبدله منه)
كالطعام والكسوة لانه من الانفاق (ولا يجوز تزويج
الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابه والملك والسلطنة
قال (ولا تصرفه في مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا لان
ولاية التصرف لتتمير المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل
والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما قال
(ويجوز ان يقبض له الهبة) لانه نفع محض ولهذا يملكه
الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال
(ويسلمه في صناعة) لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال
(ويؤجره) قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري في
مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره ذكره في
الكراهية وهو الاصح * وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه
وجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبهه العم بخلاف
الام لانها تملكه على ما تذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

قوله والاصح انه على القياس والاستحسان الان هذا قياس
آخر سوى الاول * وجه القياس انه مناقض في كلامه لانه زعم
انه لقيط في يده وابنيه لا يكون لقيطا في يده * وجه الاستحسان
انه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الاقرار وهذا الالتزام تصرف منه
على نفسه وله هذه الولاية والتناقض لا يمنع دعوى النسب
كما اذا اكتب الملاحن نفسه وهذا لان سببه حتى خربما يشته
عليه الامر في الابتداء فيظن انه لقيط ثم يظهر له انه ولده *
وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به
اذا العلامة اصل في الشريعة قال الله تعالى تعرفهم بسميماهم وقال
الله تعالى ان كان قميضه فتمن قبل الآية هو كذا لو سبقت دعوة
احدهما الا اذا اقام الآخر البينة لترجح دعواه بالبينة **قوله**
في السبب وهو الدعوى **قوله** واذا وجد في مصر من امصار
المسلمين الى قوله وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لانه
حكم له بالحرية والاسلام فلو جعل ابنا للكافر بدعوته لكان
تبعاله في الدين فكان حكما بابطال اسلامه **قوله** فصحت
دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وليس من ضرورة رد قوله
في احد الحكمين رده في الآخر لان النسب يتفك عن الدين
فولد الكافر من امرأة مسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم
قوله وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير اي
ايها كان موجبا لاسلامه يعتبر ذلك لان الاسلام يعلو ولا
يعلى كالمولود بين كافر ومسلم وفي رواية يعتبر زيه وعلامته
كما اذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزى والعلامة
للفصل **قوله** الا ان يقيم البينة انه عبده * فان قيل كيف
تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس بولى له
فلا يكون خصامه فيما يضره * قلنا الملتقط خصم له باعتبار
يده لانه يمنعه عنه ويضع انه احق بحفظه لانه لقيط ولا يتوصل
الدعى الى استحقاق يده الا باقامة البينة على رقه فلماذا كان
خصامه **قوله** فهو له اعتبارا للظاهر * فان قيل الظاهر
يكفي للدفع لالاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر
كان الظاهر مشبها للاستحقاق وليس له ذلك * قلنا بهذا الظاهر
يدفع دعوى الغير ثم الظاهر ان تكون الاملاك في يد الملاك
وكذا الظاهر يدل على ان من وضعه وبه هذا المال لينفق
عليه منه وكذا اذا كان مشدودا اي اذا كان المال مشدودا على
دابة هو عليها لما ذكرنا وهو قوله اعتبارا للظاهر وكذا تكون
الدابة له **قوله** ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب
الولاية * فان قيل قد احياء بالالتقاط والتربية فوجب ان تثبت
له الولاية كالمعتق يثبت له الولاية بالاعتناق الذي هو احياء
حكما * قلنا الرقيق في صفة المالية هالك والمعتق يحدث فيه
هذا الوصف والقيط كان حيا حقيقة ومن اهل الملك حكما
فالملتقط لا يكون محييا له لاحيقه قولا حكما **قوله** بخلاف
الام لانها تملكه اي تملك الام اتلاف منافعه بلا عوض
بالاستخدام فبعوض الاجرة اولى * وانما صح تسليمه في حرقة
لانه نافع له مطلقا لانه اذا كان مشغولا بعمل قلما يشتغل بالفساد

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 اقرانه اخذته 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 قول لان الظاهر شاهده لا اختياره الحسبة دون المعصية * وله ان اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ * وما ذكر من الظاهر يعارضه مثل لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعته يوشد لقطه فدلوه على واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس قال (فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا) قال العبد الضعيف وهذه رواية عن ابي حنيفة * وقوله اياما معناه على حسب ما يرى * وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير * وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل * وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأى المبتلى به * وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأى الملتقط يعرفها الى ان يطلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها * وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به * وينبغي ان يعرفها في الموضوع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاءه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكة لان التملك من المجهول لا يصح قال (فان جاء صاحبها والاتصدق بها) ايضا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازة التصديق بها وان شاء امسكها جاء الظفر بصاحبها قال (فان جاء صاحبها) يعني بعد ما تصدق بها

كتاب اللقطة

اللقطة المال الواقع على الارض سميت بها لانها تلتقط غالباً اي تؤخذ وترفع * وذكر في المسوط اختلف الناس فيمن وجد اللقطة فالمتقشفة يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا فكما لا يحل له تناول مال الغير بغير اذنه لا يحل له اثبات اليد عليه بغير اذنه وبعض المتقدمين من ائمة التابعين كان يقول يحل له ان يرفعها والتترك افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضوع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضوع * والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء ان رفعها افضل لانه لو تركها لاتأمن ان تصك اليها يد خائفة فيكتبتها عن مالها واذا اخذها هو عرفها حتى يوصلها الى مالكةا ولانه يلتزم الامانة في رفعها والتزام اداء الامانة تعرض لنيل الثواب لانه يثاب على اداء ما يلتزمه من الامانة فانه يمثل فيه الامر قال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وامثال الامر سبب لنيل الثواب قوله وقال ابو يوسف القول قوله اي مع يمينه * وذكر في فتاوى قاضيان هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهد عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع ياخذ منه الظالم فبترك الاشهاد لا يكون ضامنا وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمنه لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه قوله واحدة كانت اللقطة واكثر يعني سواء كانت اللقطة من جنس واحد او من اجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب لان اللقطة اسم جنس فيتناول الكل قوله كالنواة وقشور الرمان اي في مواضع مختلفة فوجد من ذلك شيئا كثيرا فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فلا بأس بالانتفاع بها ولكنه مبقى على ملك مالكة حتى كان له ان يأخذ من يد الملتقط وان وجده مجتمعاً لم يحل له ان ينتفع به لان الظاهر ان مالكة ما لقيه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه * وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب الذبائح انه ليس للمالك ان يأخذها من يده بعدما جمعها واخذها وبصير ملكا للاخذ وكذا الجواب في التقاط السنابل وبه كان يفتى الصدر الشهيد كذا في الذخيرة

(فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة) وله ثوابه لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولى لثبوته بعد الاجازة فيه (وان شاء ضمن الملتقط) لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حق للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقرة والبعير) وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقرة في الصحراء فالترك افضل * وعلى هذا الخلاف الفرس * لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك * ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعر يفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة (فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك (وان انفق بامره كان ذلك ديننا على صاحبها) لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين (واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها) لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وان لم تكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها) ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة ديننا على مالكها) لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين * قالوا انها يأمر بالانفاق يومين او ثلاثة ايام على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة * قال رضى الله تعالى عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء * وان قال لا بينة لى يقول القاضي له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا * وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديننا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك *

قوله والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف الاجازة على قيام المحل اى قيام المحل الذى تصدق على الفقير حتى لو اجاز بعد ماتلف المال في يد الفقير تصح الاجازة بخلاف اجازة بيع الفضولى فانه يشترط فيه قيام المحل وهو البيع لثبوت الملك فيه بعد الاجازة وهذا لان التصدق لو حصل باذن الشارع والمالك يثبت للفقير ملك لازم ولو حصل بغير اذنها لا يقع الملك للفقير قبل الاجازة كما في بيع الفضولى فاذا حصل باذن الشارع وبغير اذن المالك وفرنا على الامرين حظهما فقلنا من حيث ان التصدق حصل باذن الشرع يملكه الفقير قبل الاجازة ومن حيث انه بدون اذن المالك يثبت للفقير ملك غير لازم قسوله وان شاء ضمن الملتقط * فان قيل كيف يضمنه وقد تصدق باذن الشرع * قلنا الشرع اباح له التصدق ومال التيمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للائم عنه غير مسقط للضمان حقا لصاحب المال كتناول المضطر مال الغير وان شاء ضمن المسكين لانه قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه فان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله فهو احق بغيرها منه لم يرجع على الآخر بشئ * اما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بها لحقه من الضمان على غيره. واما الملتقط فلانه بالضمان قديمك وظهر انه تصدق بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشئ * قسوله واذا كان معها اى مع اللقطة ما تدفع به عن نفسها كالقرن في حق البقر وزيادة القوة في حق البعير بعدوه وكسبه ونفقه فيقضى بالكراهة اى بكرهه الاخذ قسوله وفي هذا نظر من الجانبين اى من جانب المالك بابقاء عين ماله له ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة * قوله وفي الاصل شرط اقامة البينة اى يقيم الملتقط البينة على ان هذه الدابة لقطة عندى قسوله وليست البينة تقام للقضاء * جواب لسؤال وهو ان يقال ان البينة لا تقبل من غير خصم حاضر ولا خصم ههنا * قلنا هذه بينة تقام لكشف الحال للقضاء والحكم في مثل هذا ليس بشرط

وهذه رواية وهو الاصح قال (واذا حضر) يعني المالك
 (فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حبي
 بنفقته فصار كأنه استفاد المالك من جهته فاشبه المبيع واقرب
 من ذلك راد الأبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا *
 ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس
 ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس
 شبه الرهن قال (ولقطة الحبل والحرم سواء) وقال الشافعي
 يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجى صاحبها لقوله عليه
 السلام في الحرم ولاجل لقطتها الا لمنشد * ولنا قوله عليه
 السلام اعرف عفاصها وكأها ثم عرفها سنة من غير فصل
 ولانها لقطة وفي التصديق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك
 من وجه فيملكه كما في سائر ما * وتأويل ما روى انه لايجل
 الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لايسقط التعريف
 فيه باعتبار انها للغرباء ظاهرا فيناول ويقول ان مالكا
 ذهب ظاهرا فلم نحتاج الى التعريف * العفاص الوعاء الذي
 تكون فيه اللقطة من جلد او خرقه او غير ذلك يقال او كى
 السقاء اذا شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشده بقوله ولنا
 ان اليد حق مقصود كالمالك بدليل انه يجب الضمان في غصب
 المدبر باعتبار ازالة اليد لمان المدبر غير قابل للنقل ملكا
 قوله بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنه اى عند ابي حنيفة
 * وصورة ذلك ميراث تسم بين الغرما او بين الورثة لا يؤخذ
 من الغريم ولا من الوارث كفيل عند ابي حنيفة وعندهما
 يؤخذ * والفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر هنا ليس بثابت
 ولهذا كان له ان لا يدفع اليه المال لان الكلام في الدفع اليه
 بنكر العلامة * واما في مسألة الوارث فعق الحاضر معلوم
 وحق الآخر موهوم وعسى ان لا يكون فلا يجوز تأخير حق
 الحاضر الى وقت التكفيل لامر محتمل لامارة عليه هذا اذا دفع
 اللقطة بنكر عسى ان تكون العلامة واما اذا دفع اللقطة
 بحكم ان الحاضر اقام البينة على انها له ففي اخذ الكفيل
 روايتان عن ابي حنيفة والصحيح ان لا يأخذ كفيلاً بقوله
 وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر فلما لم يكن ظاهرا
 جاز ان يكون المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه
 هو المالك كان اقراره ملزما اياه الدفع اليه * ثم في الوديعة
 اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع
 وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على
 الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان
 هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه بامره
 وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم
 فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه
 وانه ضامن بعد ما ثبتت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع
 عليه بما ضمه كذا في المبسوط

وهذه رواية وهو الاصح قال (واذا حضر) يعني المالك
 (فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حبي
 بنفقته فصار كأنه استفاد المالك من جهته فاشبه المبيع واقرب
 من ذلك راد الأبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا *
 ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس
 ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس
 شبه الرهن قال (ولقطة الحبل والحرم سواء) وقال الشافعي
 يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجى صاحبها لقوله عليه
 السلام في الحرم ولاجل لقطتها الا لمنشد * ولنا قوله عليه
 السلام اعرف عفاصها وكأها ثم عرفها سنة من غير فصل
 ولانها لقطة وفي التصديق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك
 من وجه فيملكه كما في سائر ما * وتأويل ما روى انه لايجل
 الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لايسقط التعريف
 فيه باعتبار انها للغرباء ظاهرا فيناول ويقول ان مالكا
 ذهب ظاهرا فلم نحتاج الى التعريف * العفاص الوعاء الذي
 تكون فيه اللقطة من جلد او خرقه او غير ذلك يقال او كى
 السقاء اذا شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشده بقوله ولنا
 ان اليد حق مقصود كالمالك بدليل انه يجب الضمان في غصب
 المدبر باعتبار ازالة اليد لمان المدبر غير قابل للنقل ملكا
 قوله بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنه اى عند ابي حنيفة
 * وصورة ذلك ميراث تسم بين الغرما او بين الورثة لا يؤخذ
 من الغريم ولا من الوارث كفيل عند ابي حنيفة وعندهما
 يؤخذ * والفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر هنا ليس بثابت
 ولهذا كان له ان لا يدفع اليه المال لان الكلام في الدفع اليه
 بنكر العلامة * واما في مسألة الوارث فعق الحاضر معلوم
 وحق الآخر موهوم وعسى ان لا يكون فلا يجوز تأخير حق
 الحاضر الى وقت التكفيل لامر محتمل لامارة عليه هذا اذا دفع
 اللقطة بنكر عسى ان تكون العلامة واما اذا دفع اللقطة
 بحكم ان الحاضر اقام البينة على انها له ففي اخذ الكفيل
 روايتان عن ابي حنيفة والصحيح ان لا يأخذ كفيلاً بقوله
 وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر فلما لم يكن ظاهرا
 جاز ان يكون المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه
 هو المالك كان اقراره ملزما اياه الدفع اليه * ثم في الوديعة
 اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع
 وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على
 الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان
 هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه بامره
 وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم
 فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه
 وانه ضامن بعد ما ثبتت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع
 عليه بما ضمه كذا في المبسوط

قوله حملا على رغبها اي ليكون حاملا وباعتنا على رفعها **قوله** لاطلاق النصوص **لقوله تعالى** ولاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم **قوله** وانتفاع ابي كان باذن الامام اي انتفع ابي بها بحكم القرض باذن الامام وله ان يقرض اللقطة من الملتقط ومن غيره ولا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا انتفع بحكم القرض بغير اذن الامام على انه يحتدل انه علم فقره وواجتهل للبيون عليه فاذن له في الانتفاع بها وخلطها بماله ويعتدل ان ماله دون النصاب ويعتدل ان ذلك المال كان لحري لا امان له وذلك لان دار الاسلام يومئذ لم يكن فيها منعة وقد عرفها ثلاث سنين فكان الظاهر انها لو كانت لسلم لظهر فلما لم يظهر علم انها كانت لكافر وقد سبقت اليه يده فجعله احق به لهذا * واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله فانه رزق ساقته الله اليك ولكن مع هذا امره بان يعرف **قوله** من تحقيق النظر من الجانبين وهو نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط لما ذكرنا اي من تحقيق النظر من الجانبين *

اللقطة

(٢٦١)

كتاب

حملا له على رغبها صيانة لها والغنى يشاركه فيه * ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما روينا او بالاجماع فيبقى ما وراه على الاصل والغنى محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رضى الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه (وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها) لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره (وكذا اذا كان الفقير اياه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا) لما ذكرنا

كتاب الإباق

(الآبق اخذه 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 رفع الآبق اليه يجسه ولو رفع الضال لا يجسه لانه لا يؤمن على الآبق الا باق ثانيا بخلاف الضال 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 شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبهه العبد الضال * ولنا ان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصل حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصيل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يحتفى * ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأى القاضى * وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر قال (وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقرته الا درهما) قال رضى الله عنه وهذا قول محمد * وقال ابو يوسف اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها

(الهداية مع الكفاية) ٣٤

كتاب الإباق

الآبق هو المملوك الذى فر من صاحبه تبردا وعنادا * والضال هو الذى ضل الطريق الى منزله **قوله** لما فيه من احيائه لان الآبق مالك في حق المولى فيكون الرد احياء له **قوله** ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان هذا اختيار شمس الائمة السرخسى واما اختيار شمس الائمة الحلوانى ان الرد بالخيار ان شاء حفظ بنفسه وان شاء رفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار **قوله** الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فقال بعضهم دينار او اثنا عشر درهما * وقال على رضى الله تعالى عنه دينار او عشرة دراهم * وقال عمار رضى الله تعالى عنه ان اخذه في البصر فله عشرة دراهم وان اخذه خارجا من البصر فله اربعون درهما * وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه حين قدم رجل باباق من القوم فقال القوم لقد اصاب اجرا وجعلنا ان شاء من كل رأس اربعين درهما فاخذنا باجماعهم في ايجاب اصل الجعل وكفى باجماعهم حجة * ورحبنا قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه في مقبارة لانه قال في مجلسه ذلك واشتهر منه ولم ينكر عليه احد * فان قيل ينبغي ان يؤخذ بالاقل المتيقن لا بالاكثر المشكوك * قلنا انما لم يأخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يجعل قول من اتمى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة السفر ولان نصب المقادير بالرأى لا يكون فلا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا السماع فكان كلامهم روى ما قاله عن النبى عليه السلام والمثبت للريادة من الاخبار عند التعارض اولى قلنا اخذنا بالاكثر * واذا اتى رجل بعبد آبق فاخذه السلطان فحسه فجاء رجل واقام البيعة انه عبده فانه يستحلفه بالله ما بيعته ولا وهديته ثم يدفعه اليه وذلك لانه لما اقام البيعة فقد اثبت ملكه فيه بالحجة الا انه يحتدل ان يكون باعه او وهبه ولا يعرف الشهود ذلك * فان قيل كيف يستحلفه وليس هونا خصم يدعى ذلك * قلنا يستحلفه صيانة لقضاء نفسه والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن اسباب الخطأ بحسب الامكان او يستحلفه نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري او موهوبه فاذا خلق دفعه اليه عوفى اخذ الكفيل منه ورايتان وهو الاصح وان لم يكن للمدعى بيعة ولكن اقر العبد انه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا اما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد اقرانه مملوكه ولو ادعى انه حر كان قوله مقبولا فكذلك اذا اقرانه مملوك له واما اخذ الكفيل فلان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضى فلا يلزمه ذلك بدون التكفيل بخلاف الاول فان الدفع هناك بحجة ثابتة

عند القاضى كذا في اليسوسط واذا كان الآبق بين رجلين فالجعل عليهما على قدر انصافهما فان كان احد الموليين حاضرا والاخر غائبا فليس للحاضر ان يأخذه حتى يعطيه الجعل كله واذا اعطاه لم يكن متبرعا * واذا قال الرجل لغيره ان عبدي قد ابق فانه وجدته فخذ فقال المأمور نعم ثم قال ان المأمور وجده على مسيرة ثلاثة ايام فاخذه ورده على المولى فلا جعل له لانه المولى قد استعان منه في رد الآبق وقد وعد الاعانة والمعين لا يستحق شيئا

قوله ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة اي لا يجوز الصلح مع الراد على الزيادة على اربعين لانه يتضمن بطلان التقدير الثابت شرعا ولا كذلك الصلح على الاقل لانه ان لا يأخذ شيئا اصلا فله ان يحط * والجواب لمحمد ان المطلق قد يتقيد بدلالة الفرض كالاذان فانه شرع جهرا مع ان الاصل في الاذكار الاخفاء فيتقيد النص بما اذا كانت قيمته اكثر من اربعين **قوله** تحقيقا للفائدة والجواب عن ان الفائدة تجعل بالاكتمال لان كسبه يزيد على قيمته ظاهرا ولهذا قلنا بوجوب الجعل في ام الولد **قوله** وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن لانهما مملو كان للمولى

الاباق

(٢٦٢)

كتاب

ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه * ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحمي مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه احياء ملكه ولو رد بعد مماته لاجعل 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 قال (وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه) لانه امانة في يده لكن هذا اذا شهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضى الله عنه وذكر في بعض النسخ انه لاشيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لاشيء عليه لما قلنا قال (ولو اعنته المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق) كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض فجاز قال (وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده) فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لاجعل له عندهما لان ترك الاشهاد امانة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الاخذ وانهبه او ورثه فرده على مولاه لاجعل له لانه رده لنفسه الا اذا شهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن (وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لانه احمى ماليته بالرد وهي حقه اذا لاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة 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 لانه حقه بالقدر المضمون

(فصار)

وهو يستكسبها بمنزلة القن * فان قيل الجعل يجب باحياء المالية ولا مالية لام الولد خصوصا عند ابي حنيفة * قلنا المالك احق بكسبها ولها مالية باعتبار كسبها وقداحياء الراد فيستوجب الجعل عليه فان مات المولى قبل ان يصل اليه فلا جعل لانها عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وهذا ظاهر في ام الولد وكذا في المدبر اذا خرج من الثلث وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر مديون وعنده يصير كالمكاتب ولا جعل لراد المكاتب لانه احق بكسبه فلا يكون راده محمي المالية باعتبار الرقبة والكسب **قوله** ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله **قوله** وهو راجع الى احدهما ايها كان لانه ذكر بكلمة او او الجملة في ذلك ان الراد اذا كان في عيال مالك العبد اي في مؤنته ونفقتة لا جعل له سواء كان ذلك الراد ابا للمالك او ابنا له واما اذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل ان كان الراد ابن المالك فلا جعل له ايضا وان كان ابا فله الجعل * وذكر في البسوط جواب القياس بان الراد الذي هو ذورحم محرم من المالك يستحق الجعل في جميع ذلك اذا لم يكن في عياله ثم قال ولكنه استحسن فقال اذا وجد عند ابيه وهو في عياله وليس في عياله فلا جعل له لان ردا لا يبق على ابيه من جملة خدمته وخدمة الاب مستحقة على الابن فاما اذا وجد الاب عبد ابنه فان كان في عياله فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عياله ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلاً آخر وان لم يكن الاب في عياله فلا جعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب **قوله** يتبرعون بالرد عادة * فان قيل طلبهم الجعل دليل على انهم لم يتبرعوا * قلنا من الجائز انهم تبرعوا في الرد ثم ندموا لبعض الاسباب فعلى هذا الوجه لا يجب فلا يجب بالشك والاحتمال **قوله** فلا يتناولهم اطلاق الكتاب يعنى قوله ومن ورد الآبق على مولاه **قوله** هذا اذا شهد وان ادعى انه اخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف المذكور في اللقطة هذا اذا علم انه كان آبقا وان انكر المولى ان يكون العبد آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الاخذ وهو ادعى الاذن من المالك في اخذه وانكر المالك وعلى هذا لو رده فانكر المولى ان يكون عبده آبقا فلا جعل له الا ان يشهد الشهود بانه آبق من مولاه وان مولاه اقر باباقه فحينئذ يجب له الجعل كذا في البسوط **قوله** في بعض النسخ اي في نسخ المختصر للقنورى ولو اعنته المولى كما لقيه صار قابضا بخلاف ما اذا دبره وكذا اذا باعه من الراد اي يصير قابضا ويجب الجعل بخلاف ما اذا وهبه من الراد حيث لا يصير قابضا قبل الوصول الى يده **قوله** والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه * جواب لسؤال يرد بناء على قوله لانه في معنى البائع من المالك فكان ينبغي ان لا يجوز بيع المالك منه قبل القبض بانه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض فجاز * فان قيل الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات * قلنا هذه شبهة الشبهة ولا عبرة لها * وهذا لانه لو شرط رضى المالك تنصيصا لتحقق الشبهة لانه ملكه حقيقة فعند عدم الرضا تتحقق شبهة الشبهة **قوله** لان ترك الاشهاد امانة اخذه لنفسه لان الاصل ان يكون الانسان عاملا لنفسه **قوله** لانه رده لنفسه لانه بالاخذ على هذا صار ضامنا واما رده كان رده لا سقاط الضمان عن خدمته فكان رادا لنفسه * والمراد من الشراء صورته والافهنا التصرف لا يكون شراء حقيقة لعدم المالك فكذلك الاتهاب والارث

فصار كئمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان يبيع بدءا بالجعل والباقي للمغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذى يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احى هو ام ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه لان القاضى نصب ناظر الكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة صار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ ماله والقائم عليه نظر له * وقوله يستوفى حقه لاختفاء انه يقبض غلاته والدين الذى اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذى تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولانائب عنه انها هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انها الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضى وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع مالا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يستوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال (وينفق على زوجته واولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد * والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممنوع

قوله فصار كئمن الدواء يعنى مداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض * والفداء من الجناية ينقسم على الامانة والمضمون فكذا هذا قوله وان كان مديونا اى العبد الا بقى اذا كان مديونا بان كان مأذونا فلحقه في التجارة او استهلك مال الغير واقربه مولا قوله فعلى الموهوب له وان رجع الواهب اى يجب الجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد * وانما ذكر هذا الدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله فيجب على من يستقر الملك له * وقوله فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه فعلى هذا كان ينبغي ان يجب الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه * فاجاب عنه بان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اى برد الا بقى بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرها من التصرف الذى يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك * فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو الرد وترك الموهوب له التصرف * قلنا نعم ولكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجود ابيضاض الحكم اليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هنا قوله لانه هو الذى يتولى الرد وكذلك ان كان اليتيم في حجر رجل يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذى يطلبه عادة * وكذلك لا جعل للسلطان اذا رد آبقا

كتاب المفقود

هو غائب لم يدرك موضعه وحيوته وموته قوله والمفقود بهذه الصفة اى عاجز عن اقامة مصالحه قوله وجب بعقده اى بعقد القائم مقام المفقود قوله ولا في نصيب له في عقار او عروض بان كان الشئ مشتركا بين المفقود وغيره لا يكون منصوب القاضى خصما فيه لمن يجعده قوله انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين عندناي حنيفة يملك الخصومة وعندهما لا والوكيل بالقبض من جانب القاضى لا يملك الخصومة اتفاقا واذا كان كذلك يتضمن الحكم به اى بثبوت ما ادعاه من خصامة من يحفظ ماله باى جهة كانت قضاء على الغائب وليس للقاضى ان يقضى على الغائب وللغائب الا اذا كان عنه خصم حاضر عندنا * وكذا لا ينبغي للقاضى ان ينصب وكيلا عن الغائب وللغائب ولكن لو فعل ذلك ينفذ قضاؤه قوله الا اذا رآه القاضى اى لو كان القاضى وراه ذلك ورآه ونفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذ لانه يصير قضاؤه في فصل مجتهد فيه فينفذ * فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضى محدودا في قذف * قلنا المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البيينة هل تكون حجة بلا خصم حاضرا لا فاذا رآه القاضى حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالشمار ونحوها قوله ومعناه اى ماليته فتحصل ملكيته في ثمنه فذلك يأمر بحفظ ثمنه قوله وهو ممكن اى حفظ الصورة ممكن

فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى
من الذكور الكبار ومن الثانى الاخ والاخت والحال
والحالة * وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير
لان حقهم فى المطعم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله
يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر بمنزلهما فى
هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب * وهذا اذا كانت فى
يد القاضى * فان كانت ودیعة اودینا ینفق علیهم منهما اذا
كان المودع والمديون مقرین بالدين والودیعة والنكاح
والنسب * وهذا اذا لم یكونا ظاهرین عند القاضى فان
كانا ظاهرین فلاحاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا
الودیعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس
بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من علیه
الدين بغير امر القاضى یضمن المودع ولا یبرأ المديون لانه
مادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر
القاضى لان القاضى نائب عنه وان كان المودع والمديون
جامدين اصلا او كانا جامدين الزوجية والنسب لم ینتصب
احد من مستحقى النفقة خصما فى ذلك لان ما يدعيه للمغائب
لم یتمین سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب فى هذا
المال تجب فى مال آخر للمفقود قال (ولا یفرق بینہ وبين امرأته)
وقال مالك اذا مضى اربع سنين یفرق القاضى بینہ وبين
امرأته وتعد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لان عمر رضى
الله عنه هكذا قضى فى الذی استهواه الجن فى المدينة وكفى
به اماما ولانه منع حقه بالغيبة فیفرق القاضى بینهما بعد
مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ
المقدار منهما الاربع من الایلاء والسنين من العنة عملا
بالشبهين * ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود
انها امرأته حتى یأتیها البیان وقول على رضى الله عنه فیها مى
امرأة ابتليت فلتصبر حتى یستبين موت او طلاق خرج بیانا
للبيان المذكور فى المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة
لا توجد للفرقة والموت فى حیز الاحتمال فلا یزال النكاح بالشك
وعمر رضى الله عنه رجع الى قول على رضى الله
عنه ولا معتبر بالایلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر فى الشرع
مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاودة
والعنة فلما نحل بعد استمرارها سنة قال (واذا تم له مائة وعشرون
سنة من یوم ولد حکمنا بموته) قال رضى الله تعالى عنه وهذا
رواية الحسن عن ابى حنيفة وفى ظاهر المذهب یقدر بموت الاقران *
وفى المروى عن ابى یوسف بمائة سنة * وقدره بعضهم بتسعين

قوله فمن الاول وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء
قوله ومن الثانى وهم الذين لا يستحقون النفقة بغير قضاء
الاخ والاخت والحال فانه لا تجب نفقة هؤلاء الا بقضاء او رضاه
لانه یجتهد فيه ولها لم یکن لهم الاخذ من غیر قضا او رضاه
قوله فان كانا ظاهرین اى الدين والودیعة والنسب والنكاح
جعل الودیعة والدين واحدا والنسب والنكاح واحدا فذلك
ذکرهما بلفظ التثنية قوله هو الصحيح ذکر هذه المسئلة
فى كتاب النكاح وقال ینفق علیهم اذا كانا مقرین بالودیعة
والدين والنكاح والنسب وهنا شرطا الاقرار بما ليس بظاهر
منهما وليس هذا اختلاف الرواية فان تأویل ما ذکر فى كتاب
النكاح انه لم یکن شیء منهما ظاهرا عند القاضى فقوله فى الكتاب
هو الصحيح اشارة الى هذا التأویل ونفى اختلاف الروایتین
لان للقاضى ولاية القضاء بعلمه كما اذا اقر بین یدیه ثم غاب
قوله اخذ المقدار منهما الاربع من الایلاء لشبهه به لان
حقها فى الجماع یفوت بصنعه وهو السفر كما یفوت ثمة بصنعه
وهو الایلاء والسنة من العنة اذ حقها فى الجماع فات بسبب هو
معدور فيه وهو الغيبة لانها مباح كما فات حقها ثمة بالعنة وهو
معدور فيه قوله خرج بیانا للبيان المذكور فى المرفوع
یعنى قول على رضى الله عنه حتى یستبين موت او طلاق
خرج بیانا للبيان المذكور فى الحديث المرفوع ان المراد
من ذلك البیان ظهور موت المفقود او طلاقه قوله یقدر
بموت الاقران لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه فى الشرع
الرجوع الى امثاله كقیم المتلفات وهو مثل النساء وبقاؤه
بعد موت كل اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر
ويعتبر موت اقرانه فى بلدہ لان التفحص عن حال الاقران
فى كل البلدان متعذر

قوله والا فليس ان لا يقدر بشئ * لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه ولا صوب الارفق ان يقدر بتسعين لانه هو الغاية في زماننا والحيوة بعد ما نادرة ولا عبرة للنادر **قوله** ولا يرث المفقود احد مات في حال فقده وحاصله انه حي في حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته كما لو عايناه حيوته ميت في حق غيره حتى لا يرث احد الا ان حيوته يثبت بالاستصحاب فاننا علمنا حيوته فيستصحب ذلك مالم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان للاثبات مالم يكن ثابتا وفي الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير اثبات امر لم يكن ثابتا ولان حيوته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحقق به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله * ومعنى قولنا لا يرث المفقود احد ان نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكا للمفقود اما نصيب المفقود من الارث فيوقف لان حيوة المفقود محتالة والمحتال يكتفى للتوقف كما في الجنين فان ظهر حيا علم انه كان مستحقا وان لم يظهر حيا حتى بلغ تسعين سنة فما وقف له يرد على ورثته صاحب المال يوم مات صاحب المال كالموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا **قوله** والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن اي تصادق الورثة المنكورون والاجنبي * وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبي اني في يده المال قدمات المفقود قبل ابنتيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده لابنتين يجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول اولاد الابن ابونا مفقود لانهم لا يدعون لا أنفسهم بهذا القول شيئا ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقا هذا اذا اقر من في يده المال اما لو جحد ان يكون للميت مال في يده فاقامت الابنتان البينة ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولا حيا للمفقود فان كان حيا فهو الورث معهما وان كان ميتا فولده الورث معها فانه يدفع الى الابنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدى عدل لان الذي في يديه جحد فهو غير مؤتمن عليه هذا اذا كان المال في يد اجنبي واما لو كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضى لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من ايديهما لان النصف صار بينهما يقيمن والنصف الثاني للمفقود من وجه * ويريد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود اي لا يجعل ما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدى الابن المفقود من غير ان يقضى به لهما ولا لابنتيهما لانه لا يدري من المستحق لهذا الباقي كذا في النهاية وفي آخوه كذا في المبسوط والذخيرة **قوله** ولو كان معه وارث اي مع الحمل وارث **قوله** ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه حتى اذا ترك امرأة حاملا وجدة فليسجدة السدس لانه لا يتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وذلك كابن الابن او الاخ او العم حتى انه لو ترك امرأة حاملا واخا او عملا لا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترثت الزوجة الثلث والام السدس وان لم يكن حيا فهما ترثان الربع والثلث فتعطيان الثلث والسدس للتيقن كما في المفقود وهو انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللسدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك اذا ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى للاخ شيئا * وكذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما في الحمل *

المفقود

(٢٦٥)

كتاب

والا فليس ان لا يقدر بشئ * والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمى معتبر بالحقيقى ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة (ولا يرث المفقود احد 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 يجبر به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يجبر به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يجبرون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة) ونظير هذا الحمل فانه يوقف 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 باتم من هذا

كتاب الشركة

(الشركة جائزة) لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال (الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان ويشترى اناها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كلاجنبي) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اغتلط مالهما من غير صنع احدهما او تخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا والا يخرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه

كتاب الشركة * هي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الآخر ثم يطلق اسم الشركة على العقد وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب الاختلاط * وشريعتها بالسنة فانه عليه الصلوة والسلام بعث والناس يباشرونها فقررهم عليه واجماع الامة والمعقول فهي طريق ابتغاء الفضل وهو شروع بالكتاب **قوله** خلط ما يمنع التمييز رأسا كخلط البر بالبر والابحرج كخلط الخطة بالشعير

قوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والفرق وهو ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك من المظبوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه فاعتبر نصيب كل زائل الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وهذا اولى من عكسه لان التصرف مع الشريك اسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبي بدليل جواز تملك معتق البعض من الشريك دون الاجنبي وكذا اجارة المشاع من الشريك جائزة بخلاف الشركة الحاصلة بالمرثاة وما يجرى مجراه لانه لم يوجد بعد ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال بوجه فكان ملك كل واحد منهما قائما في نصيبه من كل وجه فجاز بيع نصيبه من الشريك ومن الاجنبي كذا في مسوط شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده * ولان الشركة اذا كانت من الابتداء بينهما بان اشترتا حطة او ورثتاها كان كل حبة يشار اليها مشتركة بينهما فيبيع احدهما نصيبه منها مشاعا فهو جائز سواء كان يبيع من صاحبه او من الاجنبي اما اذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط او الاختلاط فكل حبة

كتاب (٢٦٦) الشركة

وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركك 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 فال فائلمهم * لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا * اى متساويين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به مانصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لانصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر لقات التساوى وكذلك في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى * وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي * وقال مالك لا عرف ما للمفاوضة * وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد * وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاولوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير تكبير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة (ولا تمنعقد الابلغة المفاوضة) لبعث شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال (فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين) لتحقق التساوى (وان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا تجوز ايضا)

(لما)

فاجاب ان ما لا يشهد مقصودا جاز ان يشهد تبعا كالمضاربة جازت بالاجماع وان اشتملت على التوكيل بشراء مجهول الجنس اذا لم يبين نوعا ومثله هذا ايضا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء شئ بمجهول الجنس لا يصلح ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك قوله لان المعتبر هو المعنى الا ترى ان الكفالة بشرط برائة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة قوله والاخر مجوسيا * فان قيل المساواة معدومة بينهما فان المجوسى يتصرف في الموقوذة والكتابي لا والكتابي يوجب نفسه للذبح والتضحية والمجوسى لا * قلنا ان من يجعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم لا يفصل بين الكتابي والمجوسى فتتحقق المساواة والجواب عن الثاني انه لو اجر الكتابي نفسه يجوز وبطالب به المجوسى وان لم يقدر على ايقافه بنفسه لانه يقدر على الايقاف بالغير وهو المعنى والاخير وكذا لو اجر المجوسى يجوز وان لم يقدر بنفسه لقدرته بغيره كالخياط مع القصار اذا عقد المفاوضة صار كل واحد منهما مطالبا بما على الآخر وان لم يقدر بنفسه

يشار اليها ليست بمشركة بينهما لان تلك الحبة بجميع اجزائها تكون لاحدهما لاجالة من غير اشتراك فيها فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الاجنبي لانه لا يقدر على تسليم نصيبه منها لجزأ ولا كلا لما ان كل حبة ليست بمشركة بينهما فيتوقف جواز بيعه من الاجنبي الى اذن شريكه لاختلاط المبيع مع غيره اما اذا كان يبيع من صاحبه فيمكن التسليم فيجوز * الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية في كتاب القضاء قوله وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة لان كل واحد من الشريكين يكون وكيل عن الآخر في نصيب ما يشتره ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما وما لا يقبل الوكالة كالاصطبا والاحتطاب يكون المستفاد فيه للعامل ولا يقع مشتركا فلا يتحقق حكمه المطلوب منه وهو الشركة في المال فلها الم تصح الشركة فيه قوله لا يصلح الناس فوضى البيت اى لا تصلح امرر الناس حال كونهم متساويين اذالم يكن لهم امرء وسادات فانهم اذا كانوا متساويين تتحقق المنازعة بينهم لانه اذا لم يكن فيهم امير مطاع في امره ونهيه كان كل واحد منهم مستقلا برأيه فتتحقق المنازعة ولا سادة اذا ساد الجاهل قوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء لان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لسواهما حكم الابتداء وفي ابتداء عقد المفاوضة اشترطت المساواة فكذا في الانتهاء قوله والمراد به مانصح الشركة فيه اى ما يصلح لرأس مال الشركة كالدراهم والدينارين ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه اى ما لا يصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون قوله وقال مالك لا عرف ما للمفاوضة وهو تناقض لانه اذالم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لا تصديق بلا تصور قوله وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والاعفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد كما اذا قال وكتلتك بشراء شئ * وكما لو قال كفلت عنك ما بايعت الناس او غصبت من الناس فعند الانضمام اولى * فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لا آخرو وكتلتك في مالى اصنع ماشئت يجوز له ان يتصرف في ماله * قلنا العموم ليس بمراد ههنا فانه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما يكون توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز قوله وبه يترك القياس اى بالتعامل بترك القياس كالاتصناع ودخول الحمام وهذا لان تعاملهم بلا تكبير كالاتصناع وبترك القياس بالاتصناع قوله والجهالة متحملة تبعا اى لغيرها وهي المساواة لان المفاوضة تقتضى المساواة على ما مر ولا تثبت المساواة الا بعد ان يصير كل واحد منهما كقيلاعن صاحبه * وهذا جواب عن وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول *

لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن المولى قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول ابي حنيفة ومحمد * وقال ابو يوسف تجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدى الى الجائز من العقود * ولهما انه لا تساوى في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صاع واولا اشتراها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبد وبين الصبي ولا بين الصبي وبين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم نصح بالمفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون عاما وقد يكون عاما قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه * واما الكفالة فتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال (وما يشترطه كل واحد منهما يكون على الشركة الاطعام اهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء احدهما كشرائها الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبية معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بيننا (وللبيع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء) المشتري باصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما ادى لانه قضى دينه عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصالح عن دم العمد وعن النفقة قال (ولو كفل احدهما بمال عن اجنبى لزم صاحبه) عند ابي حنيفة وقال لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقرار والكفالة بالنفس * ولا يحنيفة انه تبرع ابتداء ومعوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامر فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء

قوله لما قلنا اى لتحقيق التساوى قوله الا باذن المولى * فان قيل لما اذن له المولى في الكفالة يثبت التساوى بينه وبين الحر * قلنا لا يثبت لانه لا تصح كفالته باذن المولى اذا كان عليه دين وكذا لا تجوز كفالته بعد ما كفل بمقدار قيمته كذا ذكره الفقيه ابو الليث قوله الا انه يكره لان الذمي لا يهتدى الى الجائز من العقود اى يكره مشاركة المسلم الذمي لا يتوفى العقود الفاسدة فربما يصير سببا لوقوع المسلم في المحرم * والجواب عن قول ابي يوسف كالمفاوضة بين الحنفى والشافعى ان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عمدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه بين الحنفى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الانزام بالحاجة فتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف كذا في المبسوط قوله ولا يشترط ذلك في العنان من صورة المسئلة اذ هو اى العنان * وفي المبسوط ان العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا بخلاف المفاوضة فانها عامة لا غير * وفي الايضاح وكل موضع فقد شرط من شروط المفاوضة وذلك ليس بشرط في العنان كانت الشركة عنانا لان شركة المفاوضة اعم اى في الشروط من شركة العنان فوقع التفاوت بينهما من حيث العموم والخصوص فاذا بطل معنى العموم بقى معنى الخصوص فجاز اثبات العنان بلفظة المفاوضة كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم قوله لما بيننا مقتضى العقد المساواة الى آخره قوله وللبيع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء اى ولبائع الطعام والكسوة ان ياخذ بثمن الطعام والكسوة اى الشريكين شاء وان لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لان المشتري باشر بسبب الالتزام والاخر كفيل عنه بما لزمه بالشري بسبب شركة المفاوضة فكان سببه توجه المطالبة على كل واحد منهما موجودا بسبب على حدة فيطالبه لذلك ولان في عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة في ان لا يقطع عقد احد الشريكين متضمنا للكفالة فتثبت الكفالة فاذا اذاه احدهما من مال الشركة رجع المودى على المشتري بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان على المشتري خاصة وقد قضى من مال الشركة قوله فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ولا فرق بين ان يكون الاستيجار واقعا على الشركة او لحاجة المستأجر خاصة ذكر في المبسوط وصورة الاستيجار هى ان يستأجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتها اودابة اوشيشا من الاشياء فللموآجر ان ياخذ بالاجر ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه واستأجر ابلا الى مكة ليحج عليها فللموآجر ان ياخذ ايهما شاء ان شاء اخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء اخذ شريكه لكفالته عنه قوله والخلع صورته ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها قوله وصار كالاقرار والكفالة في المبسوط في اول باب بضاعة المفاوض واذا اقرض احد المتفاوضين فهو ضامن نصف ما اقرض لشريكه لانه متعد في نصيب شريكه بتصرفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركة

لم تصح من ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعادة فيكون مثلها حكم عينها لاحكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة * ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة لانه معاوضة انتهاء قال (وان ورث احدهما ما لا تصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المعاوضة وصارت عنانا) لفوات المساواة فيما يصاح رأس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء * وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المعاوضة) وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

فصل

(ولا تتعقد الشركة الا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانه عقدت على رأس مال معلوم فاشبهه بالنقود بخلاف المضاربة لان القياس بأباها 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 رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدرهم والدنانير لانه ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لاتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لاجوز 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 لانها ماحقة بالنقود عنده حتى لاتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانها على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف لاجوز الشركة والمضاربة بهالأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة * ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد

قوله لم تصح ممن ذكره اي من الصبي والعبد المأذون والمكاتب قوله واما الاقراض فعن ابي حنيفة ذكر في البسوط ان اقراض احد المتفاضين يلزم شريكه عند ابي حنيفة لانه معاوضة وعند مالك لا يلزم شريكه لانه تبرع قوله ولو سلم فهو اعادة اي ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاضين لا يلزم صاحبه * قلنا انما لا يلزمه لان الاقراض اعادة لمعاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان لما يأخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقترضه لاحكم بدله كما في الاعارة الحقيقية قوله حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم في الاقراض الاجل قوله ومطلق الجواب في الكتاب وهو قوله ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة محمول على المقيد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وضمان الغصب واستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة ومحمد مع ابي حنيفة في ضمان الغصب والاستهلاك ومع ابي يوسف في الكفالة * لابي يوسف في ضمان الغصب والاستهلاك ان هذا الضمان واجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجنابة ولانه بدل المستهلك وانه لا يحتتمل الشركة وهو ما يقولان ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي المأذون والمكاتب به * وهذا لانه بدل مال محتمل للشركة لانه انما يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان ولما كان كذلك كان كل واحد من شريكي المعاوضة ملتزما له فيجب عليه قوله وان ورث احدهما مالا الى قوله ووصل الى يده اعلم انه اذا وصل الى يد احد المتفاضين مال يصلح رأس مال الشركة كالدرهم والدنانير بالارث او الهبة او الصدقة تبطل المعاوضة وتصير عنانا لان المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة شرط للمعاوضة ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانه انما يشاركه فيما حصل بسبب التجارة او بما يشبهها بثبوت الوكالة في ذلك وهذه الاسباب ليست بتجارة وانما تبطل المعاوضة اذا قبض الدرهم او الدنانير فان لم يقبضها لم تبطل لان الدين لا يصلح رأس مال المعاوضة فاذا قبض الآن ازداد مال احدهما من جنس رأس مال المعاوضة فتبطل بهذا * وفي الكافي للعلامة النسفي وبهذه وضع ان قوله في الهدايه ووصل الى يده يرجع الى الهبة والارث

فصل

قوله ولا تتعقد الشركة الا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة * فان قيل ان اراد ان شركة المعاوضة لا تصح الا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة فشركة الوجوه والتقبل تصير معاوضة وعنانا ولا مال فيها فقد ذكر في البسوط ان شركة الوجوه والتقبل كل واحدة منهما يكون معاوضة وعنانا وشار الى ذلك في الكتاب ايضا وان اراد مطلق الشركة فينتقض بهما ايضا قلنا اريد بالشركة شركة المعاوضة اذ الكلام فيها والمعنى ان شركة المعاوضة اذا كان في المال يجب ان يكون ذلك المال من الدرهم والدنانير والفلوس النافقة لان المعاوضة لاتكون الا في هذا المال قوله بخلاف المضاربة لانه يجوز تخلاف القياس لما فيها من ربح ما لم يضمن لان مال المضاربة غير مضمون على المضارب حتى لو هلك لا يضمن المضارب وقد نهي النبي عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمضارب له نصيب من الربح فاقصر على مورد الشرع وهو عقد المضاربة قوله باعيانها انما قيد بها لتظهر شدة الاختلاف لانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاتفاق فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد * وعند محمد لهذا ولعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز * وعند محمد لا يجوز قوله وتصير سلعة يعنى الشركة لدوامها حكم الابتداء ولو كانت سلعة ابتداء لما انعقدت فكان انتهاء

قوله والاول اقبس اي يكون اي يوسف مع اي حنيفة لانها لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت ناقصة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنتين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض ولا يصلح العروض لرأس مال الشركة قوله فيها اي في الشركة والمضاربة قوله الا ان الاول اصح وهو رواية الجامع الصغير ولا تكون

كتاب الشركة (٢٦٩) فصل

المفاوضة بمثاقيل ذهب اوفضة قوله لان عند ذلك لا يصرف الى شئ آخر ظاهرا اي عند الضرب لا يصرف الى شئ آخر من صياغة القلب والخاتم ظاهرا قوله الا ان يجرى التعامل هذا استثناء عن قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ تجوز الشركة بها قالوا والمعتبر فيه التعارف ففى كل بلدة جرى فيه التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين في العقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمنا منزلة الضرب المخصوص وفي كل بلدة لم يجر التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالعروض يتعين في العقود ولا تصح الشركة به قوله بالاضافة الى الحاليين يعني جعل الكيل والموزون في حكم الاثمان بعد الخلط لاقبله وانما جعل كذلك لان حق كل واحد منهما بعد الخلط غير متعين كالاثمان بخلاف ما قبله قوله والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل ومن جنسين من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته فلا يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فصار كالعروض قوله فحكم الخلط ما بيناه في كتاب القضاء اي قضاء الجامع الصغير لانه ذكر حكم الخلط في كتاب الوديعة في الهداية قوله واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصيبه ماله بنصف مال الآخر وانما يبايعان على هذا الوجه احترازا عن الفساد الذي ذكر في عقد الشركة بالعروض وهو ادائه الى ربح مالم يضمن لان مال كل واحد منهما عند صاحبه في العروض غير مضمون وما استحقه احدهما من فضل ربح مال صاحبه كان ربح مالم يضمن على ما ذكر فلا يجوز واما اذا باع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه كان نصيب كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثلث فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز * وذكر في النخيرة ثم الحيلة في تجويز الشركة بما يتعين في العقود ان يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركا بينهما شركة ملك ثم يعقد ان بعد ذلك عقد الشركة ان شا أمفاوضة وان شا أعانا وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقابضا ثم عقدا عليها عقد الشركة مفاوضة او عانا جاز وبصير العروض رأس مال الشركة والعروض بعد ما صار مشتركا بينهما يصلح رأس مال الشركة وان كان ذلك لا يجوز ذكره الامام خواهر زاده على هذا الوجه * وفي الكافي للعلامة النسفي قوله في الهداية وهذه شركة ملك مشكل لان شركة الملك تحصيل بمجرد بيع كل واحد منهما نصيبه ولا حاجة في ذلك الى العقد فقوله ثم عقد الشركة يتأني كونها شركة ملك الا ان يقال اراد به هي شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكونه رأس المال عرضا الى هذا كلامه * وقوله لان هذا العقد كلا عقد ان اراد به انه لم تثبت هذه الشركة في هذا المال بالعقد فمسلّم وان اراد ان هذا العقد لا اثر له في المستفاد بعد هذا فمنوع لان هذا العقد يقيد توكيل كل واحد منهما لصاحبه ببيع نصيبه ثم بالشري بعده بثمنه قوله ولو كان بينهما تكون قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة فانه يبيع صاحب الاقل اربعمائة عرضة بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخصاسا ويكون الربح بينهما قدر رأس مالهما

والاول اقبس واطهر * وعن ابي حنيفة 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 اوفضة * ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصح رأس المال في المضاربات والشركات * وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لاتتبع بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصح رأس المال فيهما * وهذا لما عرف انها خلقتا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شئ آخر ظاهرا الا ان يجرى التعامل باستعمالها ثمنا فنزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصح رأس المال * ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكمل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربع متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف والشركة شركة ملك لاشركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد * وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالمين واشترط النفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله * ولمحمد انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينيا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحاليين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالنقطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لاتنعقد 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 قال (واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) قال (وهذه شركة ملك) لما بينا ان العروض لاتصح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة قال (واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة) لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض

تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة بيان ذلك هو ان تكون قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة فانه يبيع صاحب الاقل اربعمائة عرضة بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخصاسا ويكون الربح بينهما قدر رأس مالهما

يقال عن له اى عرض وهذا لا ينبى عن الكفالة وحكم
التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال)
للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة (ويصح ان
يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح) وقال زفر والشافعي
لا تجوز لان التفاضل فيه يؤدى الى ربح مالم يضمن فان
المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها
بلاضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما في
الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح
المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل * ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطنا والوضيعة على
قدر المالكين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق
بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما اهدق واهدى
واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى
التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد
به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشرطه
للعامل او الى بضاعة باشرطه لرب المال وهذا العقد يشبه
المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة
اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح
اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل
باشرط العمل عليها قال (ويجوز ان يعقدها كل واحد
منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة في المال ليست
بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح الالبابينا) ان المفاوضة
تصح به للوجه الذى ذكرناه (ويجوز ان يشتركا من
جهة احدهما دنائير ومن الآخر دراهم وكذا من احدهما
دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي لا
يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط
ولا يتحقق ذلك في مختلفى الجنس وسنبينه من بعد ان شاء
الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب
بثمنه دون الآخر) لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة
والوكيل هو الاصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه
بحصته منه) معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من
جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان
لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعى وجوب المال
في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال (واذا هلك
مال الشركة او احد المالكين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة)
لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما
في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع

قوله يقال عن له اى اعترض * قال ابن السكيت كانه
عن لهما شئ فاشتركا فيه او من عنان الفرس كما ذهب
اليه الكسائي والاصمعي لان كبرا منهما جعل عنان
التصرف في بعض المال الى صاحبه او لانه يجوز ان
يتفاوتا في رأس المال والربح كما يتفاوت العنان في
يد الراكب حالة المد والارخاء ويصح التفاضل في المال
للحاجة اليه وهى ما بينه في التفاضل في الربح ويصح ان
يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح * وذكر في تناوى
فاضلخان فان شرطنا المساواة في المال واشترطنا لاحدهما فضل
ربح ان شرطنا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطنا
عملا جميعا او عمل او احدهما دون الآخر فان شرطنا العمل
على المشروط له فضل الربح جاز ايضا وان شرطنا العمل على
اقلهما ربعا لا يجوز قسوله اذ الضمان بقدر رأس المال
فمتى شرط لاحدهما زيادة صار المشروط له تلك الزيادة
اخذا اياها من غير ضمان وهذا لا يجوز قسوله الربح
على ما شرطنا والوضيعة على قدر المالكين * والفرق بين
الربح والوضيعة ان الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون
المال كما في المضاربة فبالعمل مع المال اولى اما الوضيعة
فهلاك جز من المال وكل واحد منهما امين فيما في يده من
مال صاحبه واشترط الضمان على الامين باطل الا ترى انه لا
يجوز اشتراط الوضيعة على المضارب لما قلنا كذا هنا
قسوله وهذا العقد اى شركة العنان يشبه المضاربة من
حيث انه يعمل في مال الشريك قسوله ويشبه الشركة اى
شركة المفاوضة فعملنا بشبه المضاربة وانما اظهرنا شبه
المضاربة في حق اباحة زيادة الربح بغير ضمان ليمكننا
العمل بالشهين فانما تمى اعتبارنا مضاربة في اشتراط عملها
وابطلنا لم يتصور استحقاق الربح اصلا بحكم الشركة
فيتعذر العمل بالشهين قسوله ويشبه الشركة حتى لا
يبطل باشرط العمل عليهما وفي المضاربة اذا شرط عمل
رب المال بطل العقد وذلك لان المضاربة امانة وتام الامانة
يقف على التخلية بين الامين والوديعة فاذا شرط عمل رب
المال لم توجد التخلية واما في الشركة فكل واحد منهما
كالاجير في مال الآخر فشرط عمل رب المال معنى لا يبطل
العقد فان من استأجر اجيرا ليعينه على العمل كان جائزا
قسوله للوجه الذى ذكرناه وهوانه يؤدى الى ربح ما لم
يضمن قسوله ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنائير
ومن الآخر دراهم يريد اى شركة كانت مفاوضة او عنانا
قسوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله اى الشراء والنقد
بان قال اشتريت عبدا ونقدت الثمن من مالى ومات العبد
فهذا مما لا يعرف الا بقوله

بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالكان وكذلك اذا هلك احدهما لانه ماضى بشركة صاحبه في مال الاليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان هلك في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه يتميز فيجعل الهالك من المالكين (وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطنا) لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك * ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايها باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال (ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالكين اولائم هلك مال الآخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطنا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصريح بها فائمه فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرنا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشتري للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخلط المال) وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما هنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال * ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدرهم والدنانير لا تتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت

قوله بخلاف المضاربة والوكالة المفردة فان النقود لا تتعين فيهما بالتعيين وانما تتعين بالقبض * وقد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة التي في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فان الوكالة فيهما تبطل بطلان ما يتضمنها من الشركة والرهن قوله خلافا للحسن بن زياد فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد بطلت بهلاك احد المالكين فان هلك احد المالكين ثم اشترى الآخر بماله ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان صرحا عند عقد الشركة ان ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما فالمشترى مشترك بينهما كما شرطنا لان الشركة ان بطلت بهلاك احد المالكين فالوكالة المنصوص عليها باقية فكان المشتري مشتركا بينهما بحكم الوكالة وكانت شركة ملك حتى لا يملك احدهما ان يتصرف في نصيب الآخر ورجع المشتري على صاحبه بحصته من الثمن لانه اشترى بعضه بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه وان ذكرنا مجرد الشركة ولم يصرح بالوكالة فيها فالمشترى للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال احدهما فبطل ما في ضمنها اذ لا يبقاء لما ثبت ضمنها بعد فوات المتضمن بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لكونها مقصودة فلا تبطل بطلان الشركة * وذكر في بعض المواضع اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشتري بينهما نصفين يريد به اذا صرحا بالوكالة عند عقد الشركة قوله وانه بالخلط اذ الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق بالخلط بالملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحالة والكفالة فاذا خلط المالكين على وجه لا يمكن تمييز احدهما عن الآخر فقد تحققت الشركة في المال فتبنتى عليه الشركة في الربح فاما قبل الخلط لم تثبت الشركة في المال حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان هالكا عليه خاصة فلا تثبت الشركة في الربح قوله وهذا لان المحل هو المال يعني ان محل العقد هو المال الا ترى انه يضاف الى المال يقال شركة المال والشيء انما يضاف الى سببه او محله ولا سببية هنا فيكون محلا والمحل شروط لا اسباب قوله ولهذا يضاف اليه اي يقال عقد شركة المال قوله وهذا اصل كبير لهما وهو ان الربح فرع المال ويبنتى على هذا الاصل شرط اتحاد الجنس والمساواة في الربح والمال وبطل شركة التقبل والوجوه عند الشافعي لعدم المال قوله ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد يعني ان الاشتراك في الربح بالعقد لا برأس المال لان العقد يسمى عقد شركة فينبغي ان يتحقق معنى هذا الاسم فيه ولا تثبت الشركة في رأس مال لتوفيق ذلك على الخلط كما بينتم فتعين ان يكون مثبتا للشركة في الربح

قوله في الاستفادة به اي بالتصرف وهو الربح بدون خلط رأس المال قوله ونظيره في المزارعة وهو ان شرطا لاحدهما فقرانا مسماة فالمزارعة باطله فكذا ما على الماذيات والسواق * قوله لانها دون الشركة الا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح واما اذا فسدت الشركة فالربح فيها على قدر رأس المال لهما قوله لانه

فصل كتاب الشركة (٢٧٢)

تصويل بدون الضمان في ذمة الدافع * وفي البسوط وله ان يدفع من مال الشركة مضاربة لان له ان يستأجر من يتصرف في مال الشركة باجر مضمون في الذمة فلان يكون له ان يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل بعمله من غير ان يكون ذلك مضمونا في الذمة اولى لان هذا انفع لهما قوله لان الشيء لا يستتبع مثله * فان قيل المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن ويجوز اقتداء المفترض بالمفترض بالمتنفل والمتنفل فيلزم منه استتباع الشيء * مثله وكذا النص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما مغلان فاولى ان يستتبع مثله * قلنا استتباع المثل في المكاتب والمأذون لم يكن مقصودا بل يثبت لهما من ضرورة اطلاق الاكتساب وفتح باب التجارة اما ههنا لو قلنا تجوز الشركة لاحد الشريكين يلزم استتباع المثل مقصودا وذلك لا يجوز كما في التوكيل فانه لا يجوز للتوكيل ان يوكل غيره بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول فلا ينتظمه مقصودا ولكن ينتظمه ضمنا كالوكالة الثابتة في ضمن الشركة * وذكر في البسوط هذا كله في حق الغير اي عدم جواز استتباع الشيء مثله كما في الشركة والمضاربة فاما في حق نفسه فيجوز ان يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب ان يكاتب عبده وللمأذون ان يأذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر * واما اقتداء المفترض فجوازه ثبت بالاجماع وقوله عليه السلام الامام ضامن ولان صلوه المفتدى مبنية على صلوة الامام في حق الجواز والفساد بالحديث لان يكون صلوة الامام مستتبعة لصلوة المفتدى واما الناسخ فهو رافع صورة ولكن في الحقيقة مبين انتهاء حكم المنسوخ في ان شرعيته كانت الى هذا الوقت فلم يكن رافعا في الحقيقة فلا يرد نقضا قوله بخلاف الوكيل بالشراء لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلم يستتبع التوكيل لانه مثل الاول وهما الشركة انعقدت للتجارة لتحصيل الربح والتوكيل بالشراء من جملة اذ الربح كما يحصل بتصرفه يحصل بتصرف غيره فصار كل واحد منهما وكيل خاص بالشراء قيل له اعلم برأيك فله ان يوكل غيره وانما لا يملك المشاركة وان تمكن منها عند قوله اعلم برأيك نضا اظهارا للتفاوت بين ما ثبت نضا وبين ما ثبت مقتضى تحصيل الربح قوله لا على وجه البذل احتراز عن المقبوض على سوم الشراء والموثقة احتراز عن المقبوض بجهة الرهن قوله ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك فهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه اشارة الى ما ذكر قبيله ان المقصود منه التخصيل اي تحصيل المال ايا اتحاد العمل فظاهر واما اتحاد المكان فلانه لو عمل احد الشريكين في مكان والآخر في مكان آخر يجوز عندنا خلافا لهما * فان قيل كيف يتصرف قول زفر في جواز الشركة عند اتحاد العمل وقد ذكر قبل هذا قول زفر مع الشافعي في اشتراط الخلط حيث قال وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ويجوز التفاؤل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال * قلنا عن زفر روايتان في اشتراط خلط المالمين ذكرهما في البسوط ذكر احد قوليه مع الشافعي والآخر مع مالك قوله ولو بشرط العمل نصفين والمال اثلاثا اي المال الحاصل من العمل اثلاثا جاز * وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائطها الامكان تحقيق مقتضى المفاوضة في الاعمال كباقي الاموال وفي العنان من هذه الشركة يجوز شرط التفاؤل في المال المستفاد بالعمل مع شرط التساوي في العمل

في الاستفادة به وهو الربح بدون وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا فدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال (وكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذلك ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانها دون الشركة فتتضمنها * وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره بأجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال (ويوكل من يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من نواجع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال (ويده في المال يد امانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة فصار كالوديعة قال (واما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالحياطين والصباعين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا تجوز لان هذه شركة لا تنفيذ مقصودها وهو التثمين لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تنبني على الشركة في المال على اصلهما على ما قرناه * ولنا ان المقصود منه التخصيل وهو يمكن بالتوكيل لانه لما كان وكيفا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال الاستفادة ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز) وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل الزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجد العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذه لا يأخذه بها

(لان)

وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائطها الامكان تحقيق مقتضى المفاوضة في الاعمال كباقي الاموال وفي العنان من هذه الشركة يجوز شرط التفاؤل في المال المستفاد بالعمل مع شرط التساوي في العمل

لان الربيع عند اتحاد الجنس اى الربيع لا يظهر الا عند اتحاد الجنس اى اذا كان الربيع من جنس رأس المال * وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير فكان بدل العمل لا الربيع فلا يلزم حينئذ كون ربيع ما لم يضمن * وذكر في البسوط الفرق بينهما من وجهين احدهما ان في التقبل الشريكين بائعان للعمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصع منها اشتراط التفاوت في الربيع فاما في شركة الوجوه فيشترى بثن في ذمتها فيع المساواة في ملك المشتري لا يصح شرط التفاوت في الربيع قسوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق اى الربيع من جنس رأس المال في شركة الوجوه لان الاصل والربيع فيها من جنس المال فيظهر الربيع * ثم لو جاز اشتراط زيادة الربيع كان ذلك ربيع مالم يضمن وذلك لا يكون الا في المضاربة ولكن كان جواز ذلك فيها ايضا لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب ولو وقع في مقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا ضمان بمقابلة زيادة الربيع فيلزم فيها ربيع ما لم يضمن من كل وجه فلا يجوز بخلاف شركة التقبل فان الاصل فيها عمل والمستفاد منه مال فام يتفقا فلا يكون ربحا قسوله وهذا ظاهر في المفاوضة اى اذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشترطا ان يكون قبول الاعمال منهما والعمل منهما والربيع والوضعية بينهما على التساوى فهى شركة المفاوضة حتى تراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهى المساواة المطلقة وان تفاوتتا في شىء مما ذكرنا فهى شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان لفوات معنى المفاوضة قسوله في ضمان العمل واقتضاء البذل وانما قيد بهما لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجرى المفاوضة حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون واشنان مستهلك او اجر اجير او اجرة ثبت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونقاد الاقرار موجب المفاوضة كذا في الايضاح قسوله وانها تصح مفاوضة فالمفاوضة منها ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشتري بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة واما العنان فمهما فهو ان يجوز التفاؤل في ضمان ثمن المشتري بينهما وينبغي ان يشترطا الربيع بينهما على قدر الضمان وان اشترطا الربيع بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربيع بينهما على قدر ضمانهما كذا في شرح الطحاوى قسوله في الابدال اى في الثمن والمثنى قسوله لان مطلقه ينصرف الى اى الى العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما اذا اشترى بدراهم مطلقه قسوله وهذا لان الربيع لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان * فان قيل يجوز ان تكون زيادة الربيع لاحدهما لزيادة اهتدائه وعمله كذا في شركة العنان * قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربيع على زيادة الهداية والعمل في مال معلوم كما في شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا قوله بالنص قيد اتفاني فانه يجوز ان يلقي باقل من النصف او اكثر قوله بالضمان اى يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك فكان العمل مضمونا على الاستاذ قوله والوجوه ليست في معناها اى شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لان في شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل واما المال فليس بمضمون على المضارب وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال بخلاف العنان لانه في معنى المضاربة من حيث ان كل واحد من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فجاز اشتراط زيادة الربيع في العنان كما جاز في المضاربة

قوله لان الربيع عند اتحاد الجنس اى الربيع لا يظهر الا عند اتحاد الجنس اى اذا كان الربيع من جنس رأس المال * وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير فكان بدل العمل لا الربيع فلا يلزم حينئذ كون ربيع ما لم يضمن * وذكر في البسوط الفرق بينهما من وجهين احدهما ان في التقبل الشريكين بائعان للعمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصع منها اشتراط التفاوت في الربيع فاما في شركة الوجوه فيشترى بثن في ذمتها فيع المساواة في ملك المشتري لا يصح شرط التفاوت في الربيع قسوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق اى الربيع من جنس رأس المال في شركة الوجوه لان الاصل والربيع فيها من جنس المال فيظهر الربيع * ثم لو جاز اشتراط زيادة الربيع كان ذلك ربيع مالم يضمن وذلك لا يكون الا في المضاربة ولكن كان جواز ذلك فيها ايضا لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب ولو وقع في مقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا ضمان بمقابلة زيادة الربيع فيلزم فيها ربيع ما لم يضمن من كل وجه فلا يجوز بخلاف شركة التقبل فان الاصل فيها عمل والمستفاد منه مال فام يتفقا فلا يكون ربحا قسوله وهذا ظاهر في المفاوضة اى اذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشترطا ان يكون قبول الاعمال منهما والعمل منهما والربيع والوضعية بينهما على التساوى فهى شركة المفاوضة حتى تراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهى المساواة المطلقة وان تفاوتتا في شىء مما ذكرنا فهى شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان لفوات معنى المفاوضة قسوله في ضمان العمل واقتضاء البذل وانما قيد بهما لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجرى المفاوضة حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن صابون واشنان مستهلك او اجر اجير او اجرة ثبت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونقاد الاقرار موجب المفاوضة كذا في الايضاح قسوله وانها تصح مفاوضة فالمفاوضة منها ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشتري بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة واما العنان فمهما فهو ان يجوز التفاؤل في ضمان ثمن المشتري بينهما وينبغي ان يشترطا الربيع بينهما على قدر الضمان وان اشترطا الربيع بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربيع بينهما على قدر ضمانهما كذا في شرح الطحاوى قسوله في الابدال اى في الثمن والمثنى قسوله لان مطلقه ينصرف الى اى الى العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما اذا اشترى بدراهم مطلقه قسوله وهذا لان الربيع لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان * فان قيل يجوز ان تكون زيادة الربيع لاحدهما لزيادة اهتدائه وعمله كذا في شركة العنان * قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربيع على زيادة الهداية والعمل في مال معلوم كما في شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا قوله بالنص قيد اتفاني فانه يجوز ان يلقي باقل من النصف او اكثر قوله بالضمان اى يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك فكان العمل مضمونا على الاستاذ قوله والوجوه ليست في معناها اى شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لان في شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل واما المال فليس بمضمون على المضارب وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال بخلاف العنان لانه في معنى المضاربة من حيث ان كل واحد من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فجاز اشتراط زيادة الربيع في العنان كما جاز في المضاربة

فصل في الشركة الفاسدة قوله وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح نحو احتشاش الخشيش واجتماع الثمار من الجبال والبراري من الجوز والفتق وغيرهما فان عملا ذلك وخلطاه ثم باعه ثم قسم الثمن على كيل ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا او وزنه ان كان وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما اصابه والثمن في البيع انما يقسم على مالية المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعتبر بالكيل والوزن فلها قسم الثمن بينهما على ذلك وان لم يكن كيليا او وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة وان لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما الى النصف لانها استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في ايديهما فكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعى ما كان في يديه والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعى خلاف ما يشهد الظاهر له وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من ارض لا يملكها او الجص او الملح او الكحل او ما اشبه ذلك كذا في المبسوط **قوله** والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه قيل ان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه ههنا فلم تثبت الشركة كذا في الايضاح * فان قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد غير معين فانه يجوز مع ان الوكيل كان يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده فعلم بهذا انه لا يشترط لصحة التوكيل ان لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل * قلنا لا يشكل لما ان التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب لوجهين احدهما ان في العبد المعين لا يملك الوكيل ان يشتره لنفسه بعد التوكيل وان كان يملكه قبله والتوكيل بالاحتطاب في الحطب المعين وغير المعين سواء في انه لا يصح لو وقع التوكيل في امر مباح لهما * والثاني ان بالتوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله ولم يكن الوكيل قادرا هناك على الزام الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل فصح ما قلنا ان التوكيل انما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل * وعلل شمس الاثمة في المبسوط فقال لان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب فحينئذ كان كل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه او يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه لنصف ما يكتسب بنصف ما يكتسب صاحبه وهذا مفاوضة في المجهول فلا تكون صحيحة **قوله** فلهنعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف المسمى فيعتبر رضاه في اسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك الا ترى انه لو استأجر حبالا ليرحمل اه حنطة الى موضع كذا بقرين منها فعملها كان له اجر مثله لا يجاوز به ما سمي * ولمحمد ان المسمى مجهول الجنس والقدر فانه لا يدري اى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئا ام لا والرضاء بالمجهول لا يصح واذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله اجر مثله بالغا ما بلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا استحق اجر مثله بالغا ما بلغ فاذا اصابا شيئا الى بغلاف حمل الحنطة فان الفقيه منها معلوم فاعتبر رضاه في المعلوم فلها لا يجاوز به المسمى وتقديم قول محمد على قول ابي يوسف يدل على ان المختار قول محمد * الراوية المزادة من ثلثة جلود واصلا بعير السقاء لانه يروى الماء اى يحمله **قوله**

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 واهراز المباح فان اخذاه معافهين بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الاخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الاخر او قلعه وجمعه وحمله الاخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال (واذا اشتراكا لاحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذى استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل) اما فساد الشركة فلانعقادها على اهراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبتل شرط التفاضل) لان الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الربح تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال (واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالاتحاق مرتدا اذا قضى القاضى بالحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت صاحبه اولم يعلم لانه عزل مكى فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسح احد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودينارين حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدى

(فصل)

ابقاء شرط شرط في العقد تقرير له وهو واجب الدفع لا واجب التقرير **قوله** لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ذكره في باب احكام المرتدين **قوله** لانه عزل حكمى فلا يشترط عليه لثبوته ضمننا للغير كما اذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل يعزل الوكيل علم اولم يعلم

فصل

(وليس لاحد الشريكين ان يؤدى زكوة مال الآخر الا باذنه)

لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدى زكوته فان ادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول اولم يعلم وهذا عند ابي حنيفة وقال لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه * وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الامر بنفسه * لهما انه مأمور بالتملك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التملك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار ورجح الامر لم يضمن المأمور علم اولاً * ولا يبي حنيفة انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفاً وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بادائه وعري اداء المأمور عنه فصار معزولاً وعلم اولم يعلم لانه عزل حكى * وامام الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصوداً فيه دون دم الاحصار قال (واذا اذن احد المتقا وضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شئ عند ابي حنيفة وقال لا يرجع عليه بنصف الثمن) لانه ادى ديناً عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك * وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جرباً على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبهه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطى لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى ديناً عليهما لما بينا (وللبائع ان يأخذ بالثمن ايها شاء) بالاتفاق لانه دين واجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

قوله وقال لا يضمن اذا لم يعلم وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه اولاً وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف في الوكيل باداء الزكوة وكذا الخلاف فيما لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر الامر ثم كفر المأمور وهو لا يعلم ضمن عنده خلافاً لهما وكذا الخلاف في الوكيل بعثت العبد عن الظهار اذا اعتقه بعد ما كفر الموكل بنفسه او بعد ما عمى العبد عند ابي حنيفة لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ سواء علم بتكفير الموكل اولم يعلم على ما ذكرناه في الزيادات قوله اما اذا اديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه اي عند ابي حنيفة علم اولم يعلم * فان قيل اذا اديا معاً ينبغي ان لا يجب الضمان عند ابي حنيفة لعدم سبق اداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل فقلنا اداء الموكل بنفسه ان لم يسبقه تحقيقاً سبقه اعتباراً وتقديراً لان تصرف الموكل على نفسه اقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقاً معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل اذا باعه وخرج الكلامان معاً نفذ بيع الموكل دون الوكيل قوله وهذا المقصود حصل بادائه وعري اداء المأمور عنه فصار معزولاً وعلم اولم يعلم لانه عزل حكى * فان قيل يشكك بها اذا امر المديون الآخر بقضاء الدين من مال المديون فقبل ان يقضى المأمور قضاء المديون بنفسه ثم قضاء المأمور ان علم يصير ضامناً وان لم يعلم لا يصير ضامناً قلنا الدين يبقى ديناً بعد القضاء وبالقضاء انما يكون للمديون على الطالب دين الا ترى ان الطالب اذا ابرأ المديون من الدين يصح للمديون ان يطالب بما اداه الى الطالب فاذا كان الدين باقياً امكن القول بوقوع مادي المأمور قضاء عن الدين فيتحقق الامتثال اذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضموناً على القابض وقد تحقق هنا ذلك فلا يضمن اذا لم يعلم فاما اذا علم يصير ضامناً لانه مأمور بقضاء الدين على وجه تسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لان المطالبة سقطت بقضاء الامر وان لم يسقط الدين فلم يكن مؤثراً فيصير ضامناً بخلاف الزكوة فانها لا تبقى بعد اداء الامر فلا يمكن القول بوقوع ما ادى الوكيل زكوة فيصير ضامناً علم اولم يعلم قوله اذ هما لا يملكان تغييره اي هما لا يملكان تغيير مقتضاها مع بقائها بدليل انها لو شرطت التفاوت في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة فاشبه حال عدم الاذن اذ الاذن انما يعتبر فيما لا يثبت بدونه وشراء احدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فيثبت ان اعتبار اذنه في انفراد المشتري بتملك الجارية وهذا التملك ثبت في ضمن الاذن بالوطى * اذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحل له وطئها الا بعد تملك الاذن نصيبه منه بطريق الهبة فافتضى الاذن بالوطى * بلا ذكر عوض شرطه التملك منه وهو الهبة وهي جائزة في الشائع فيما لا يقسم فكان الاذن قال له اشتر هذه الامة على الشركة ثم تملك نصيبى بالهبة فاذا اشتري وقضى تمت الهبة كما لو اشترتها ثم وهب احدها نصيبه من صاحبه فانها تصير له ويحل له وطئها والثمن عليهما بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من قضية الشركة بحكم الضرورة اذ الحاجة الى الطعام والكسوة اصلية الامة والتخصيص بالهبة باطل لانه منقسم فيقع الملك في المشتري للمشتري على الخصوص بنفس الشراء فيكون الثمن عليه على الخصوص والحاجة الى الوطى * غير معلومة الوقوع في هذه الشركة فلم يثبت الاستثناء حال الوقوع لعدمها في الحال والوقوع بعد ذلك محتمل فلم يثبت الاستثناء بالشك *

كتاب الوقف هو في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر * وقال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم لانه قضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ او يعلقه بموته والصحيح ان في تعليقه بالموت لا يزول ملكه الا انه يلزم بالايجاب ولكن عنده يكون رقبته ملكا لورثته اولا * وعندهما لا يكون ملكا لا حد كفا في الاعتاق والمسجد * وكذلك اذا قال ارضي هذه صدقة مؤتونة مؤبدة حال حيوتى وبعد مماتى او يقول ارضى هذه صدقة محرمة مؤبدة حال حيوتى وبعد مماتى او يقول حبس مؤبدا الى آخره ففى هذه الالفاظ يصير لازما بالاتفاق قوله وهو الملفوظ في الاصل اى في الميسوط فالما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده انه لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فنثبت عنده قوله واللفظ ينتظمها اى لفظ الوقف والتصديق يتناول ما قاله ابو حنيفة وهو قوله ان الوقف حبس العين على ملك الواقف والتصديق بالمنفعة على الفقراء او على وجه من وجوه الخير بمنزلة العوارى ويتناول ايضا قتالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى ولما كان كذلك لم يكن ترجيح احد المذهبين بلفظ الوقف اذ يتناولهما على سواء فلا بد من ترجيح احد المذهبين على الاخر بدليل آخر * ثم ابتدأ ببيان

الوقف

(٢٧٦)

كتاب

كتاب الوقف

(قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت دارى على كذا وقال ابو يوسف يزول الملك بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه) قال رضى الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصديق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصديق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده 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 منفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل * لهما قول النبي عليه السلام لعمر رضى الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له قدعى 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 اذله نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك * ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام لا يحبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس

(ولان)

مسعود وابن عباس رضى الله عنهما لا يحبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان اهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع قد ابطل ذلك كله لكننا نقول النكرة في موضع التقي يعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الاما قام عليه دليل * وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس فهذا بيان ان لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك * وطريق الاستدلال بقول شريح ان هذا لا يعلم الا بطريق التوفيق فيحمل على السماع * السائبة هى الناقة التى تسبب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري او برأت من مرضى فناقمتى سائبة وجعلها كالبهيرة في تحريم الانتفاع يعنى ان الوقف بمنزلة تسبب اهل الجاهلية من حيث انه لا يخرج به العين من ان تكون مملوكة منتفعة بها ولو سبب دابته لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف ارضه او داره * وقد استبعد محمد قول ابي حنيفة في الميسوط ولهذا ساء تحكما على الناس من غير حجة فقال ما اخذ الناس بقول الصحابة الا بتركهم التحكم على الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير اثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الاشياء ولم يحمدها على ما قال * وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف واستكثر اصحابه بعده من تفريع مسائل الوقف كالتصاف وهلال

دليلهما لهما قوله عليه السلام لعمر رضى الله عنه كانت له ارض تدعى ثمغ يفتح الثاء المثلثة وسكون الميم وبالعين البعجة فقال عمر رضى الله عنه يارسول الله انى استفتت مالا وهو عندى نفيس ان تصدق به فقال عليه السلام تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمرته فتصدق به عمر رضى الله عنه في سبيل الله تعالى وفى الرقاب والضيقة والمسكين وابن السبيل ولذى القربى منه ولا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف او يؤكل صديقا له غير متمول عنه وهذه الارض سهم عمر رضى الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله خيبر بين اصحابه وثلغ لقب لها وقد كانت لاملاكهم السقاب حتى كانت لرسول الله عليه السلام ناقة يقال لها غضبا وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال لها السكب وحمارى يقال له يعفور وعامة تسمى السحابة فى هذا دليل على ان من قصد التقرب الى الله تعالى ينبغي ان يختار لذلك انفس امواله واطيبها وكذا وقف رسول الله عليه السلام حوائط واوقاف ابراهيم عليه السلام ناقة اليوم وكذا اوقاف الصحابة رضى الله عنهم ببكة والمدينة ولان الانسان يحتاج الى صدقة دائمة على وجه لا يرد عليه النقص وذاتى لزومه * وقيل الفتوى على قولهما قوله اذله نظير في الشرع وهو المسجد فقالا اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج لملك المنفعة عن ملكه من غير ان يدخل فى ملك احد ولكنها تصير مجبوسة لنوع قرية قصدتها فكذلك فى الوقف * وله قوله عليه السلام لا يحبس عن فرائض الله تعالى اى لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين الورثة وفرائض الله تعالى انصاء الورثة كما قال الله تعالى فريضة من الله * قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده والامام البيهقي الاستدلال بهذا الحديث ليس بقوى لانه انما يستقيم هذا اذا كان حق الورثة تعلق بها له فاما اذا كان قبل التعلق فليس كذلك الا ترى انه لو تصدق فى صحته صدقة منقذة او وهب فنانه لا يجرى فيه الارث ولم يكن ذلك حسبا عن ذلك الا ان يقال ملكه لم يزل عن الموقوف بدليل انه يعتبر شرائطه فى صرف الغلة ولو زال ملكه عن الرقبة لما اعتبر شرطه فى التى هى تابعة للرقبة والرقبة قد زالت عن ملكه فعلى هذا يكون حسبا عن فرائض الله تعالى * وذكر فى الميسوط وقال ابن

لان الملك باق 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 شبيهه العارية ولانه يحتاج الى التصديق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزول ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالمسألة بخلاف الاعناق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصح خالصا لله تعالى * قال رضى الله عنه قال فى الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا فى حكم الحاكم صحيح لانه قضاء فى مجتهد فيه اما فى تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم * والمراد بالحاكم المتولى فاما المحكم فيه اختلاف المشايخ * ولو وقف فى مرض موته قال الطحاوى هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند ابي حنيفة وعندهما يلزمه الا انه يعتبر من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعى بمنزلة الاعناق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه فى ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فباخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفى بعض النسخ واذا استحق مكان قوله واذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه) لانه لو دخل فى ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه * قال رضى الله عنه وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره ~~وقال~~ ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عند ليس بشرط فكذا تتمه (وقال محمد لا يجوز) لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوخ عند محمد ايضا لانه يعتبر بالهبة والصدقة المنفذة الا فى المسجد والمقبرة

قوله ولان الملك باق فيه يعنى دل الدليل على بقاء الملك فيه وهو جواز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك كما ينتفع بالملوكات ومال العباد فيه نفع لا يصلح لله تعالى لان ما لله تعالى يجب ان يكون بوصف الخلوص كالمسجد لما صار لله تعالى لا ينتفع بشئ من منافع الملك وان كان يصلح لها واذا ظهر ان الملك فيه باق وجب ان يبقى على ملكه ضرورة ولهذا بقى وابه وتدييره بعده فى نصب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرائطه ولو خرج عن ملكه لما صح شرطه فى الغلة كما لو اعتق عبده بشرط ان يصرف غلة الى كذا او جعل ارضه مسجدا بشرط ان يصل فى فيه فلان دون فلان ومر وبها محمول على الوقف المضاف الى ما بعد الموت قوله الا ان يحكم به الحاكم وصورة حكم الحاكم ما ذكر فى فتاوى قاضيخان وهى ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولى ثم يريد ان يرجع عنه فنازعه بعلته عدم اللزوم فيختصمان الى القاضى فيقضى الحاكم بلزومه فان حكم رجلا نكح بينهما بلزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح ان يحكم الحاكم لا يرتفع الخلاف للقاضى ان يبطله قوله والمراد بالحاكم المتولى اى الذى ولاء الخليفة عمل القضاء واما المحكم فهو الذى فوض اليه الحكم فى حادثه معينة باتفاق المتخصصين قوله لا يتحقق مقصودا وانما يتحقق ضمنا كما فى الزكوة تكون ملكا لله تعالى بواسطة كون المال ملكا للفقير وهنا ايضا يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولى قوله واذا صح الوقف على اختلافهم خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه ذكر بعد هذا ان قوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره فعلى هذا يكون صح بمعنى ثبت لا بمعنى لزم لان عند ابي حنيفة اذا لزم بحكم الحاكم يخرج من ملك الواقف فلا يبقى للتخصيص بقولهما فائدة اما اذا جعل صح بمعنى لزم اى بحكم الحاكم عند ابي حنيفة او بتعليقه بالموت وبمجرد القول عند ابي يوسف وبالتسليم الى المتولى عند محمد * والى هذا اشار بقوله على اختلافهم خرج من ملك الواقف بالاجماع ويدل عليه قوله فى اول الكتاب قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته * بقى هنا اشكال وهو ان فى تعليقه بموته يلزم ولا يزول ملك الواقف قلنا زال عن الوقف بعد اللزوم ملكه الذى كان قبله اذ الملك هو المطلق الحاجز ولم يبق ذلك ولكنه فى حكم ملكه لضرورة ان يصل اليه ثواب الغلة دائما فعلى هذا يزول الملك بالاجماع ولا يحتاج الى التخصيص بقولهما وقوله على اختلافهم لا يلايم التخصيص قوله والصدقة المنفذة اى الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهى المملوكة احترز به عن الصدقة الموقوفة وهى التى نحن فيها فان الوقف صدقة ايضا لكن ليست بخاصة لعدم التمليك من الفقراء ويحتمل ان يحترز بالمنفذة عن الصدقة الموصى بها فانها تجوز فى الشائع قوله الا فى المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف

فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند
 ابي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان
 المهياة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع
 سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت بخلاف
 الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق
 جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما
 في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث
 في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه او وقفه في مرضه وفي
 المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارىء 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
 ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع
 ابدا وقال ابو يوسف اذا سمي فيه جهة تنقطع
 جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم) لهما ان
 موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وانه يتأبد
 كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه
 فلهذا كان التوقيت مبطالا كالتوقيت في البيع * ولا يبي يوسف
 ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان
 التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف
 الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين * وقيل ان التأيد شرط
 بالاجماع الا ان عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التأيد لان
 لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك
 بدون التملك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله
 وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح * وعند
 محمد ذكر التأيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة
 وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلق لا ينصرف
 الى التأيد فلا بد من التنصيص قال (ويجوز وقف العقار)
 لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز
 وقف ما ينقل ويحول) قال رضى الله عنه وهذا على
 الارسال قول ابي حنيفة (وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة
 ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراثة
 لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبتت من
 الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في
 الوقف * ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول
 بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى (وقال
 محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) معناه وقفه في سبيل
 الله * وابو يوسف معه فيه قيلي ما قالوا وهو استحسان *

قوله فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل
 القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف *
 وحاصل ذلك ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا
 يحتمل القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه
 مشاعا لانه يمنع الخلوص ولا تبعد القسمة لانه لا يصلح لما
 اريد به من اتخاذ المسجد والمقبرة لصغره لان الكلام فيه
 فلا يكون مسجدا ولا مقبرة * واما الوقف في الشائع الذي
 لا يحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق اما عند ابي يوسف فالشيوع
 غير مانع اصلا واما عند محمد فيجوز فيما لا يحتمل القسمة
 لصلاحه لما اراده الواقف فان الانتفاع بالشائع ممكن اما
 بطريق المهياة او بطريق الاستغلال وقسمة الغلة * واما
 المسجد والمقبرة في مثل هذا الموضع يودى الى امر فبيع
 بان تقبر الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت
 ويتخذ اصطبلًا في وقت بخلاف الوقف * وعلى هذا
 الصدقة المملوكة والهبة يعنى لو استحق جزء شائع من
 الهبة والصدقة المملوكة تبطل الهبة والصدقة لانه بالاستحقاق
 تبين ان الهبة لاقت الشائع وفي استحقاق المعين لا يبطل
 لانعدام الشيوع كما في الوقف قوله ولا يتم الوقف
 عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا
 يعنى الى الفقراء فانهم لا ينقطعون * وهذا التفريع عن ابي
 حنيفة على قول من يرى لزومه كما في المزارعة بدليل انه
 قال في التعليل لهما ان موجب الوقف زوال الملك والملك لا
 يزول عند ابي حنيفة قوله لهما ان موجب الوقف زوال
 الملك بدون التملك ليس هنا مذهب ابي حنيفة ولكن هذا
 مذهبا فيكون هذا تعليل محمد على اصلهما فيكون حجة
 على ابي يوسف قوله وعند محمد ذكر التأيد شرط لان
 هذا صدقة بالمنفعة او بالقلعة ليس هذا قول محمد وانما هو
 قول ابي حنيفة لان حكم الوقف عنده حسب العين على ملكه
 والتصديق بالثمرة البعدومة وعندهما زوال العين الى الله
 تعالى فيصير محبوسا في ملك الله تعالى على ان تصل منفعته
 الى العباد فيكون التصديق بالمنفعة ثابتا في ضمن ازالة
 العين الى الله تعالى * ولعل مراد محمد في قوله هذا صدقة
 بالمنفعة او بالقلعة انه اخراج الملك الى الله تعالى على وجه
 يكون تصدقا بالمنفعة والغلة * فالجواب ان ابا يوسف ضيق
 او لا كل التصديق كما قال ابو حنيفة ثم رجع عنه ووسع كل
 التوسع ومحمد توسط بينهما فلهاذا افتى عامة المشايخ بقول
 محمد قوله ولا يجوز وقف ما ينقل اى من مكان الى مكان
 ويحول اى يغير من هيئة الى هيئة اوها متراد فان قوله
 وهذا الارسال اى الاطلاق سواء كان بطريق التبعية او القصد

والقياس ان لا يجوز لما بيناه من قبل * وجه الاستحسان
 الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد
 حبس ادريا وافرأسالة في سبيل الله تعالى وطلحة
 حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروي واكرامه
 والكرام الخيل * ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون
 عليها وكذا السلاح يحمل عليها * وعن محمد انه يجوز وقف
 ما فيه تعامل من المنقولات كالنفوس والمير والقنوم والمنشار
 والجنابة وثيابها والقنود والمرجل والمصاحف * وعند ابي
 يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد
 في الكراع والسلاح فيقتصر عليه * ومحمد يقول القياس
 قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في
 هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الخاقا لها
 بالمصاحف * وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما
 وتعلما وقرآءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد ومالا
 تعامل فيه لا يجوز عندنا وفقه * وقال الشافعي كل ما يمكن
 الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن
 الانتفاع به فاشبهه العقار والكراع والسلاح * ولنا ان الوقف
 فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدرهم والدنانير
 بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث
 التعامل فبقى على اصل القياس * وهذا لان العقار يتأبد
 والجهاد سنام الدين فكان معنى القرية فيهما أقوى فلا يكون
 غيرهما في معناهما قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا
 تملكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك
 القسمة فتصح مقاسمته) اما امتناع التملك فلما بينا * واما
 جواز القسمة فلانها تميز وافرار 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 وبعد الموت الى وصيه *
 وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او
 يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري
 ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما
 (ولو كان في القسمة فضل درهم ان اعطى الواقف لايجوز)
 لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز ويكون بقدر
 الدرهم شراء قال (والموجب ان يبتدىء من ارتفاع الوقف
 بعمارة شرط ذلك الواقف اولم يشترط) لان قصد الواقف صرف
 القدر والالتقى دائمة الابالعمارة فيثبت شرط العمارة

قوله والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل ان التأيد
 شرط فيه والتأيد لا يتحقق في المنقول قوله وقف كتابه
 الخاقا لها بالمصحف وهذا صحيح * وفي فتاوى فاضيل خان
 اختلق المشايخ في وقف الكتب جوزة الفقيه ابو الليث
 وعليه الفتوى قوله مع بقاء اصله احتراز عن الدرهم والدنانير
 فان الانتفاع الذي خلقت الدرهم والدنانير لاجله وهو
 الثمنية لا يتمكن بهما مع بقاء اصله في ملكه قوله ويجوز
 بيعه احتراز عن ام الولد فانه لا يجوز وقفها قوله ولا
 معارض من حيث السمع والقياس في المنقول وفقه لان
 الوقف فيه لا يتأبد ولا بد من التأيد الا ان السمع عارض
 القياس في البعض كما في الكراع والسلاح حيث ورد
 الآثار المشهورة وفي البعض عارض القياس التعامل كما
 في النفوس والمير والقنوم والمرجل فبقى الباقي
 كالثياب والبسط وكالعبيد والامه قسدا على القياس اذلا
 معارض فيها من حيث السمع والتعامل قوله الا ان
 يكون مشاعا الغالب جهة المبادلة في القسمة اذا كانت في
 غير المثليات فيكون في معنى البيع فيصح الاستثناء من
 قوله لم يجز بيعه قوله ولو كان في القسمة فضل درهم *
 اعلم ان ادخال الدرهم في القسمة لا يجوز الا بتراضهم او
 وقعت الضرورة في ادخالها بان وقع البناء في احد النصيبين
 او كان احد النصيبين اجود فحينئذ يجوز ان تعطى الدرهم
 من وقع البناء في نصيبه او وقع نصيبه اجود فيما روى عن
 ابي حنيفة على ما يضىء في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى
 قوله ان اعطى الواقف لايجوز اي ان اعطى المشتري
 الواقف لايجوز لان المشتري يأخذ بمقابلة الدرهم شيئا
 من الوقف فيصير الواقف بائعا للوقف في ذلك القدر فلا
 يجوز واما اذا اعطى الواقف فضل الدرهم المشتري جاز
 لان الواقف حينئذ يصير مشتريا شيئا بمقابلة الدرهم
 ووافقا لذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز

قوله ولان الخراج بالضمان هذا في الاصل لفظ الحديث وهو من
 جوامع الكلم ومعناه الغر بارزاء الغنم من تولى حارها تولى فارها
 ولهذا جرى لفظ الحديث مجرى المثل واستعمل في مضره بمقابلة
 منفعة ثم المراد من الخراج ما يخرج من النفع من ملك انسان كغلة
 الارض والغلام والبراد من الضمان المؤنة اى كل من كان له منفعة
 شئ كان عليه مضرته فكان معنى قوله الخراج بالضمان منفعة
 الغلة لك بسبب ان ضمنته وقيل معناه ان يشتري العبد فيستقله
 ثم يجده عيبا فانه يرد والغلة له لانه لو مات كان في ضمانه ولاجل
 هذا الخبر نقض عمر بن عبدالعزيز قضاء الغلة للبايع **قوله**
 وعند الآخرين يجوز ذلك اعتبر وابيا اذا كان الارض الموقوفة
 على الفقراء متصلة ببيوت المصر يرغب في استيجار بيوتها
 ويكون غلة ذلك فوق غلة الارض كان للقيم ان يبني بيوتها
 ويوآجرها لان الاستغلال بهذا الوجه يكون انفع للفقراء وممنهم
 من قال ليس للقيم صرف الغلة الى زيادة العمارة ولهذا ليس له ان
 يشتري بالغلة دارا اخرى ليضربها بالزيادة الى الوقف * واما تلك
 المسئلة فبناء البيوت ليس من باب الزيادة وانما ذلك تبدل جهة
 الاستغلال بجهة هي خير من الاول فالمستغل واحد والمجهتان فيه
 مختلفتان والثانية خير من الاولى فكان ذلك بمنزلة الزيادة كذا
 في وقف هلال **قوله** والاول اصح وهو ان يكون البناء الثاني
 مثل الاول لانه اقل على الاول **قوله** والاول اول وهو اجارة الحاكم
 وعمارته باجرتها ثم ردها الى من له السكنى لان فيه رعاية الحقين
 والثاني ترك العمارة لان فيه فوت الحقين **قوله** ولا يكون
 امتناعه رضى منه هذا جواب من يقول انه لما امتنع عن العمارة فقد
 رضى بطلان حقه فلا تجبر رعاية حقه فاذا عمرها القاضي ينهض
 ان لا يرد عليه * فاجاب بان الرضا في حيز التردد لاحتمال انه
 امتنع اعتمادا على ان القاضي اذا عمرها يرد عليها ولان الامتناع
 يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون نقصان ماله
 في الحال **قوله** لانه غير مالك والاجارة تملك المنافع بعوض
 والتملك لا يتحقق من غير المالك * فان قيل المستأجر لا يملك
 الدار ومع ذلك كان له ان يوآجرها من آخر للسكنى وكذلك
 في كل عمل لا يختلج بالاختلاف المستعمل * قلنا هناك ملك
 المستأجر المنفعة وهنا ايحت المنفعة للوقوف عليه ليكون
 ثواب اباحة المنفعة ارجعا الى الواقف حتى لم يبق ههنا عين الوقف
 مقام المنفعة في ابتداء لانه لا يلزم تملك المنافع المدومة بخلاف
 الاجارة حيث اقيمت الدار مقام المنفعة وقت الاجارة لئلا يلزم
 تملك المنافع المدومة فلما ملكها في الاجارة ملك ايضا تملكها
 من غيره **قوله** وما انهدم من بناء الوقف وائله اى آلة البناء
 كالخشب وغير ذلك * النقض بضم النون البناء المقوض والجمع
 نقوض * وعن الغوري النقض بالكسر لا غير كذا في المغرب *
 وفي الصحاح ذكره بالكسر لا غير **قوله** واذا جعل الواقف غلة
 الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز اما الاول وهو جعل الغلة
 لنفسه جائز عند ابي يوسف وعليه مشايخ باخ * وذكر الصدر الشهيدان
 الفتوى على قول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف **قوله**
 ولا يجوز على قياس قول محمد لان التسليم الى المتولى عنده
 شرط وقد عدم ههنا وقال الفقيه ابو جعفر وليس في هذا عن
 محمد رواية ظاهرة الاشى * ذكره في كتاب الوقف اذا وقف على
 امهات اولاده جاز * قال الفقيه ابو جعفر الوقف على امهات اولاده
 به زلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد في حال حيوة المولى
 يكون للمولى **قوله** وهو قول هلال الرازي هكذا وقع في
 بعض نسخ الفقه بالرازي * وذكر في المغرب هلال الرازي بن
 يحيى البصرى صاحب الوقف والرازي تحريف * وقيل الخلاف
 بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القرض والاقرار فعند محمد
 التسليم شرط ليخرج العين عن ملكه الى الله تعالى وينقطع
 اختصاصه به وشرط الغلة بذاتي ذلك

ولان الخراج بالضمان وصار كنفقه العبد الموصى بخدمته فانها
 على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم
 واقرب اموالهم هذه الغلة فيجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه
 وآخره للفقراء فهو في ماله اى مال شاء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة
 لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى
 الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبني على ذلك
 الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مضافة الى الموقوف عليه
 فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له
 فلا يجوز صرفها الى شئ آخر الا برضاه ولو كان الوقف على
 الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخر بين يجوز ذلك والاول اصح
 لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة
 قال (فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له
 السكنى) لان الخراج بالضمان على مامر وصار كنفقة العبد
 الموصى بخدمته (فاذا امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها
 الحاكم وعمرها باجرتها) واذا عمرها ردها الى من له السكنى
 لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى
 لانه لو لم يعمرها نفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر
 الممتنع على العمارة لما فيه من اضرار ماله فاشبه امتناع صاحب
 البئر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه
 لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير
 ملك قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم
 في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى
 يحتاج الى عمارته فيصرفه فيهما) لانه لا بد من العمارة ليبقى
 على التأييد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في
 الحال صرفها والامسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك او ان الحاجة
 فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيعه وصرف
 ثمنه الى المرممة صرفا للبدل الى مصرف المبدل (ولا يجوز
 ان يقسمه) يعنى النقض (بين مستحقى الوقف) لانه جزء من
 العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق
 الله فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف غلة
 الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف)
 قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه
 اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد
 وهو قول هلال الرازي * وبه قال الشافعى وقيل ان الاختلاف
 بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القرض والاقرار * وقيل هي
 مسئلة مبندة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد
 موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته 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 أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه * وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطل لان التملك من نفسه لا يستحق * فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه * ولاي يوسفي ماروي ان النبي عليه الصلوة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولايجل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرية على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه لانه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانقا وسقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القرية وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الوقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل * ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد الوقف باطل * وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب * وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية * قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فاذا سلم لم تبقى له ولاية فيه * ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه افرق الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارتها ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه افرق الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للمفقر كما له ان يخرج الوصي نظرا للمصغار وكذا اذا شرط ان ليس لسليطان ولا لقاض ان يجرها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف للحكم الشرع فبطل

فصل

(واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفوزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة عن ملكه) اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الابوه ولما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد

قوله قد قيل يجوز بالاتفاق وهذا على اصل ابي يوسف ظاهر

فان عنده لو شرط بعض الغلة او كلها لنفسه في حيوته جاز فلاهيات اولاده اولى وانما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات اولاد في حيوته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه يجوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لانه لا يشترط بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لساقر الاجانب فيجوز ذلك في حيوته ايضا تبعا لما بعد الوفاة كما قال ابو حنيفة في اصل الوقف اذا قال في حيوتي وبعد مماتي يتعلق به للزوم قوله ان الوقف تبرع على وجه التملك اي التملك من الله تعالى بالطريق الذي قد مناه اشارة الى قوله لا بد من التسليم الى المتولى لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره قوله فصار كالصدقة المنفذة اي سلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه من ملكه فان الصدقة بهذا الشرط لا تجوز قوله وشرط بالجر بيان جعل بعض المسجد لنفسه فهو مانع للجواز في الكل قوله فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه كما في الصيد والحشيش وسائر المباحات * واذا شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك صح الوقف والشرط عند ابي يوسف وهلال والخصاف استحسانا لان فيه تحويلة الى ما يكون خيرا من الاول او مثله فكان تقريرا لا ابطالا وعند محمد واهل البصرة الشرط باطل والوقف جائز لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الملك والوقف يتم به فيبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيبطل كما في المسجد اذا شرط الاستبدال او شرط ان يصلح فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح كذا هنا قوله وهذا بناء على ما ذكرنا اشارة الى انه يجوز ان يجعل الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذا يجوز ان يشترط الخيار لنفسه ثلاثة ايام ليروي فيه وعند محمد وهلال الوقف باطل لان تمام الوقف على مذهب محمد بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ولهذا لا يتم القبض في الصرف والسام مع شرط الخيار ولان تمام الوقف بتمام الرضا ومع شرط الخيار لا يتم الرضا فيبطل الوقف كالاكراه على الوقف * ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب جائزا بابطال الخيار بعد ذلك قوله واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال اي فقد نص في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف في الكتاب بقوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف * وذكر في المحيط واذا وقف الرجل ارضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالوقف جائز والولاية للواقف كذا ذكر هلال والخصاف قوله وذكر هلال قال اقوام اي بعض المشايخ ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت الولاية له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فاذا اسلم لم يبق له ولاية الا اذا شرطها عند الاخراج عن ملكه الا ترى انه لو شرطها لغيره يثبت لغيره فاذا شرطها لنفسه اولى ان يثبت له لان هذا الشرط ابقاء للولاية الثابتة له معنى وذكر محمد في السير اذا وفق ضيعته واخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم * وذكر في فتاوى قاضيخان ولو قال ارضي هذه موقوفة ان شئت او احببت كان الوقف باطلا في قولهم لان هذا تعليق وتعليق الوقف بالشرط باطل في قولهم ولو قال ارضي هذه صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت كان الوقف باطلا لما قلنا انه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء وقف *
فصل

فصل

قوله فلان لا يخلص لله تعالى الابوه ولا بد ان يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله اي مخصصة لله ولا يخلص لله تعالى الابوه

ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه أو لانه لما تعذر القبض فقام بتحقيق المقصود مقامه * ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس يشترط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل قال (ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوفقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فله ان يبيعه وان مات يورث عنه) لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس * وروى الحسن انه قال اذا جعل السفلى مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو * وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه * وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة * وعن محمد انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه) يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصح مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجازة من غير ذكر قال (ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى * وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد مائتة له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق * ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه * وعند محمد يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قرينة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر قال (ومن بنى سقاية للمسلمين او خانة يسكنه بنوا السبيل او ارباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة) لانه لم ينقطع عن حق

قوله ويشترط تسليم نوعه أي تسليم يلبق بنوع هذه القرينة ويشترط في كل نوع تسليم ما يلبق به وهو في المسجد بالصلوة فيشترط ادناه وهذا لان المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بصلوة الواحد والواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم ولهذا جعل امان الواحد من المسلمين كما ان النكل * وعن محمد يشترط الصلوة بالجماعة وكذا عن أبي حنيفة ويشترط مع ذلك ان تكون الصلوة باذان واقامة جهرا لاسرا حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لاجهرا لا يصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد فبان جعل للمسجد مؤذنا وامام او موزع واحد اذن واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان اداء صلوته على هذا الوصف كالجماعة الا ترى ان اصحابنا قالوا مؤذن مسجد اذا اذن واقام وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك ان يصلى بالجماعة في ذلك المسجد * ويقبض المتولى هل يصير مسجدا من غير ان يصلى فيه فقد اختلف فيه قوله وروى الحسن اي عن أبي حنيفة قوله وعلى ظهره اي على سطحه قوله اجاز ذلك كله لما قلنا اي لضيق المنازل قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف * هذه المسئلة مبنية على ان ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه لا يخرج من ان لا يكون مسجدا * وعند محمد يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه بالجماعة يخرج من ان يكون مسجدا * وحكى ان محمدا بن يزيد بن بلعة فقال هذا مسجداي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تناول البنية * ومروا بن يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبل بعد ان كان مسجدا وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بها اشار اليه * وقيل هي من وضع الفرقة الجهلة الممقوتة عند الله تعالى استخرجوا من اختلافهم الناشئ عن الاجتهاد الصحيح باطيل مختلفة عليهم ليضعوا عن شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم في بعض وبأبي الله الا ان يتم نوره * فمحمد يقول انه جعل هذا الجزء مصرونا الى قرينة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له ان يضع يديه ماشيا وكذلك لو كفن ميتا ثم افتريه السبع عاد الكفن الى الملك صاحبه وكذا اذا علق قنديلا وبسط حصيرا في المسجد ثم خرب المسجد وابو يوسف يقول بلى زال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة لانه ما جعله مسجدا ليصلى فيه اهل النحلة لا غير وانما جعل مسجدا ليصلى فيه العامة لان العامة حق اقامة الصلوة في المسجد * واستدل ابو يوسف بالكعبة فان زمان الفترة قد كان حول الكعبة عدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة والقرينة خالصا لله تعالى فكذلك سائر المساجد * واما هدى الاحصار فهو لم يزل عن ملكه قبل الذبيح وكلامنا فيما اذا زال عن ملكه وكذلك الكفن ليس بازالة العين عن ملكه بل هو تبرع بالمنفعة لحاجة الميت فكان بمنزلة العارية حالة الحيوة وقد وقع الاستغناء للمستعير فيعود الى المعير * واما الحصير فالصحيح من مذهب أبي يوسف انه لا يعود الى ملك متخذة بخراب المسجد بل يحول الى مسجد آخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد لان الخلق عيال الله تعالى فمن كان انفع لعياله كان احب اليه فلذلك اتخذت السقايات قرينة والقرينة ما يتقرب به الى الله تعالى * والخان الموضع الذي يكون في الفاوق في طريق البلاد ينزل فيه ابنا السبيل * وقوله يسكنه بنوا السبيل تفسير له

العبد الاترى ان له ان ينقطع 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 اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك) لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه 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 المتوب عنه * واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمه لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليمه لانه يحتاج الى من يكتسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم * والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة * ولو جعل دارا له بهكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتبرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للفرزة والمرابطين او جعل غلة ارضه للفرزة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحمل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه



الحمد لله على اتمام الجزء الثاني من الهداية مع الكفاية

كقوله تعالى شردمة قائلون * ويقال رباط الجيش اى اقام في الثغر باراء العدو ورباطة ورباطا * ومنه اصبر واوصبروا وربطوا اى اقيموا على جهاده بالخراب * وقوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون جمع ربيط بمعنى مربوط * والحاج اسم جمع بمعنى الحاج كالسامر بمعنى السمار * والثغر موضع المخافة من فروع البلدان فسوله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا * هذا قولهما * وقال ابو حنيفة في هذا كله لصاحبه ان يرجع ويبطل ما صنع من الصدقة والمقبرة والخان والسقاية وغيرها ويبيعها وان مات كان ميراثا عنه الا ان يحكم بها حاكم والفتوى في ذلك كله على قولهما للبلوى والتعارف وعليه اجماع الامة الاترى انه بقى آثار الماضين في هذه الوجوه وكفى بالاجماع حجة واليه المرجع والمآب تمت بالخير

فهرست الجزء الاول من الهداية مع الكفاية

صفحة		صفحة
١١٩	باب صلاة الجمعة	٥ كتاب الطهارات
١٢٣	باب صلاة العيدين	١٠ فصل في نوافض الوضوء
١٢٦	فصل في تكبيرات التشريق	١٤ فصل في الغسل
١٢٧	باب صلاة الكسوف	١٧ باب الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز به
١٢٨	باب الاستسقاء	٢٣ فصل في البئر
١٢٩	باب صلاة الخوف	٢٥ فصل في الآسار وغيرها
١٣٠	باب الجنائز	٢٩ باب التيمم
١٣٠	فصل في الغسل	٣٤ باب المسح على الخفين
١٣٢	فصل في تكفينه	٣٨ باب الحيض والاستحاضة
١٣٣	فصل الصلاة على الميت	٤٣ فصل في الاستحاضة
١٣٦	فصل في حمل الجنائز	٤٤ فصل في النفاس
١٣٧	فصل في الدفن	٤٥ باب الانجاس وتطهيرها
١٣٨	باب الشهيد	٤٩ فصل في الاستنجاء
١٤٠	باب الصلاة في الكعبة	٥٠ كتاب الصلاة
١٤٠	كتاب الزكاة	٥٠ باب المواقيت
١٤٣	باب صدقة السوائم	٥٢ فصل
١٤٣	فصل في الابل	٥٣ فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلاة
١٤٥	فصل في البقر	٥٥ باب الاذان
١٤٥	فصل في الغنم	٥٨ باب شروط الصلاة التي تتقدمها
١٤٦	فصل في الخيل	٦١ باب صفة الصلاة
١٤٦	فصل	٧٢ فصل في القراءة
١٥٠	باب زكاة المال	٧٥ باب الامامة
١٥٠	فصل في الفضة	٨١ باب الحدث في الصلاة
١٥١	فصل في الذهب	٨٤ باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها
١٥٢	فصل في العروض	٨٨ فصل فيما يكره
١٥٣	باب في من يمر على العاشر	٩١ فصل ويكره استقبال القبلة بالفرج
١٥٦	باب المعادن والركاز	٩٢ باب صلاة الوتر
١٥٨	باب زكاة الزروع والثمار	٩٤ باب النوافل
١٦١	باب من يجوز دفع الصدقات اليه ومن لا يجوز	٩٥ فصل في القراءة
١٦٤	باب صدقة الفطر	٩٩ فصل في قيام شهر رمضان
١٦٦	فصل في مقدار الواجب ووقته	١٠٠ باب ادراك الفريضة
١٦٧	كتاب الصوم	١٠٢ باب قضاء الفوائت
١٦٩	فصل في رؤية الهلال	١٠٥ باب سجود السهو
١٧٢	باب ما يوجب القضاء والكفارة	١١٠ باب صلاة المريض
١٧٧	فصل	١١٢ باب سجدة التلاوة
١٨٣	فصل فيما يوجب على نفسه	١١٥ باب صلاة المسافر

فصل	٢١٨	باب الاعتكاف	١٨٤
فصل	٢٢٢	كتاب الحج	١٨٦
باب مجاوزة الوقت بغير احرام	٢٣٢	فصل في المواقيت	١٨٩
باب اضافة الاحرام الى الاحرام	٢٣٣	باب الاحرام	١٩٠
باب الاحصار	٢٣٥	فصل في الوقوف	٢٠٤
باب الفوات	٢٣٧	باب القران	٢٠٦
باب الحج عن الغير	٢٣٨	باب التمتع	٢٠٩
باب الهدى	٢٤٠	باب الجنائيات	٢١٣
مسائل منثورة	٢٤٣	فصل	٢١٧

فهرست الجزء الثاني من الهداية مع الكفاية

صفحة			صفحة
٨٣	فصل فيما تحل به المطلقة	كتاب النكاح	٢
٨٥	باب الايلاء	فصل في بيان المحرمات	٤
٨٨	باب الخلع	باب الاولياء	١١
٩٢	باب الظهار	فصل في الكفاءة	١٦
٩٤	فصل في الكفارة	فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها	١٨
٩٩	باب اللعان	باب المهر	٢٠
١٠٢	باب العينين	فصل	٣٠
١٠٤	باب العدة	باب نكاح الرقيق	٣٢
١٠٨	فصل	باب نكاح اهل الشرك	٣٦
١١١	باب ثبوت النسب	باب القسم	٤٠
١١٤	باب الولد من احق به	كتاب الرضاع	٤١
١١٥	فصل	كتاب الطلاق	٤٥
١١٦	باب النفقات	باب طلاق السنة	٤٥
١١٩	فصل	فصل	٤٨
١٢١	فصل	باب ايقاع الطلاق	٥٠
١٢٢	فصل	فصل في اضافة الطلاق الى الزمان	٥٣
١٢٣	فصل	فصل	٥٥
١٢٥	فصل	فصل في تشبيه الطلاق ووصفه	٥٧
كتاب العتق	١٢٦	فصل في الطلاق قبل الدخول	٥٩
فصل	١٣٠	باب تفويض الطلاق	٦٣
باب العبد يعتق بعضه	١٣١	فصل في الاختيار	٦٣
باب عتق احد العبدین	١٣٨	فصل في الامر باليد	٦٥
باب الحلف بالعتق	١٤١	فصل في المشية	٦٧
باب العتق على جعل	١٤٢	باب الايمان في الطلاق	٧١
باب التدبير	١٤٤	فصل في الاستثناء	٧٥
باب الاستيلاد	١٤٥	باب طلاق المريض	٧٦
كتاب الايمان	١٣٩	باب الرجعة	٧٩
باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا	١٥١		

باب ما يحدث السارق في السرقة	٢١٥	فصل في الكفارة	١٥٣
باب قطع الطريق	٢١٦	باب اليمين في الدخول والسكنى	١٥٥
كتاب السير	٢١٩	باب اليمين في الخروج والاتيان	١٥٧
باب كيفية القتال	٢٢٠	والركوب وغير ذلك	
باب الموادعة ومن يجوز امانه	٢٢٢	باب اليمين في الاكل والشرب	١٥٩
فصل	٢٢٣	باب اليمين في الكلام	١٦٢
باب الغنائم وقسمتها	٢٢٤	فصل	١٦٦
فصل في كيفية القسمة	٢٢٩	باب اليمين في العتق والطلاق	١٦٨
فصل في التنفيل	٢٣٢	باب اليمين في البيع والشراء	١٧٠
باب استيلاء الكفار	٢٣٣	والتزوج وغير ذلك	
باب المستامن	٢٣٦	باب اليمين في الحج والصلوة والصوم	١٧٢
فصل	٢٣٧	باب اليمين في لبس الثياب	١٧٣
باب العشر والخراج	٢٤٠	والحلى وغير ذلك	
باب الجزية	٢٤٣	باب اليمين في الضرب والقتل وغيره	١٧٤
فصل	٢٤٥	باب اليمين في تقاضى الدراهم	١٧٥
فصل	٢٤٧	مسائل متفرقة	١٧٦
باب احكام المرتدين	٢٤٨	كتاب الحدود	١٧٧
باب البغاة	٢٥٤	فصل في كيفية الحد واقامته	١٧٩
كتاب اللقيط	٢٥٦	باب الوطى الذى يوجب الحد	١٨٣
كتاب اللقطة	٢٥٨	والذى لا يوجهه	
كتاب الاباق	٢٦١	باب الشهادة على الزنا والرجوع	١٨٨
كتاب المفقود	٢٦٣	عنها	
كتاب الشركة	٢٦٥	باب حد الشرب	١٩٣
فصل	٢٦٨	باب حد القذف	١٩٦
فصل في الشركة الفاسدة	٢٧٤	فصل في التعزير	٢٠١
فصل	٢٧٥	كتاب السرقة	٢٠٢
كتاب الوقف	٢٧٦	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع	٢٠٤
فصل	٢٨١	فصل في الحرز والاخذ منه	٢٠٧
		فصل في كيفية القطع واثباته	٢١٠