

فصل

(ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوى الطلاق فهي طالق) وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتها فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتعريم * ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكروحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التعريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليهما (ولو قالت انت طالق واحدة اولا فليس بشيء) * قال رضي الله تعالى عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله آخرا و على قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رحمه الله في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولاشيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد رحمه الله تعالى عليه وابتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفس فيسقط اعتبار الواحدة فبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق اولا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع * ولهما

فصل

قوله ولو قال انانمك بائن او عليك حرام ينوى الطلاق فهي طالق لان الابانة لازالة الوصلة وهي مشتركة والتعريم لازالة الحل وهو مشترك ولو لم يقل منك او عليك لم يطلق لان حله ووصلته قد يكون باخرى فلا يتعين هذه بلاذكر وليس كذلك انت بائن او حرام لان حلهما ووصلتهما معه لا غير قوله وهو فيها دون الزوج لانه لانطلق بعد النكاح الى ماشاء ويستمتع بامائه وثلث سواها * فان قيل الزوج ايضا ممنوع عن التزوج باختها واربع سواها فيكون مقيدا * قلنا هذا ليس بقيد من جانبها فان العاجز عن التصرف بحكم انه لم يكن مشروعا لا يكون مقيدا فان كل انسان عاجز عن القضاء مالم يقلد وليس بمقيد وكذا الصبي عاجز عن التصرفات وليس بمقيد فالمقيد الحقيقي من له الآلات السليمة لفعل المش والبطش وبسبب القيد يمتنع عن ذلك فالمقيد الحكمي هكذا ينبغي ان يكون له آلات القدرة من العقل والبلوغ ثم امتنع نفاذ تصرفه لمانع القيد كالمرأة تقيت بقيد رفق النكاح عليها ولا رفق في جانب الزوج ولكنه منهن عن نكاح الخمس والجمع بين الاختين قبل نكاح هذه فلا يكون حكما لنكاح هذه المرأة ولا من اثره فكان اضافة الطلاق الى الرجل وانه لازالة القيد او الملك لغة وشرعا ولا قيد ولا ملك في الرجل فيكون اضافة الشيء الى غير محله فيلغو بخلاف الابانة والتعريم لان التعريم لاثبات الحرمة والابانة لقطع الوصلة لغة والحل والوصلة مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما * وقوله والحل مشترك والطلاق وضع لا بطاله * قلنا الطلاق ما وضع لا بطلان الحل بل لرفع القيد او الملك والحل الثابت لها عليه يكون نبعنا لا قصد بل ثبت ضرورة ثبوت الحل له عليها قوله ولا فرق بين المسئلتين اى بين قوله اولا وقوله اولاشيء فلا يختلف جواب محمد فيهما فيبيان قول محمد فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة اولاشيء تكون بائنا في واحدة اولا قوله ولو كان المذكور ههنا اى في الجامع الصغير قول الكل فعن محمد رحمه الله وابتان اى فيهما * * * * * قوله

ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعنا له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شىء (ولو قال انت طالق مع موتى او مع موتك فليس بشىء) لانه اضاف الطلاق الى حاله منافية له لان موته ينافي الاهلية وموته ينافي المحلية ولا بد منهما (واذا ملك الزوج امرأته او شقصا منها او ملكت امرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة) لمنافات بين الملكين اما ملكها اياه فللا اجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضرورى ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى (ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شىء) لان الطلاق يستدعى قيام النكاح والبقاء له مع المنافي لامن وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمة الله تعالى عليه انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول * * * *

قوله ولهما ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد اى قوله انت طالق اذا قرن بالواحدة او بالثنتين او بالثلث وانما اطلق اسم العدد على الواحدة لانها اصل العدد يعنى ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخلى في الواحدة داخلا في الايقاع فحينئذ يصير نظير قوله انت طالق او لا وهناك لا يقع شىء بالاجماع 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 لو قال لها انت طالق واحدة او قال انت طالق ثلثا فصادفها قوله انت طالق وهى حية وصادفها العدد وهى ميت لا يقع فلو كان الوقوع بقوله انت طالق لوقع الطلاق * وثمرة ذلك تظهر في غير المدخول بها حتى لو كانت مطلقة يجب نصف المسمى ولو لم تكن مطلقة يجب جميع المسمى ويظهر ايضا في حق من حلنى لا يطلق امرأته قوله فليس بشىء اى لا يقع شىء لان معنى قوله مع موتى بعد موتى الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار فان الدخول يصير شرطا ولا تطلق الابعد الدخول فكذلك ههنا لو وقع الطلاق بهذا اللفظ انما يقع بعد موته او بعد موتها ولا نكاح بينهما بعد موت احدهما لان مع للمقارنة وحال موت احدهما حال ارتفاع النكاح والطلاق لا يقع الا في حال استقرار النكاح فاذا كان الايقاع يقترن بالموت كان الوقوع بعده لان الوقوع حكم الايقاع والحكم يعقب السبب ولا يقترن به كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه قوله ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى * فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين اما اذا ملك شقصا منها فلا يثبت الحل بملك الشقص فينبغى ان لا يبقى الحل الثابت بينهما نكاحا لانه لم يطرأ عليه لاحل قوى ولا ضعيف * قلنا ملك اليمين دليل على الحل فقام مقام الحل تيسيرا * فعلى هذا ينبغى ان يبطل نكاح المكاتب ايضا اذا اشترى منكوحته لورود دليل الحل القوى 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 انما يثبت له ملك التصرف لان قيام الرق يمنعه عن ذلك والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم فلم يبطل نكاحه لذلك قوله ولا بقاء له مع المنافي لامن وجه وهو العدة ولا من كل وجه وهو النكاح * * * *

لانه لاعدة هنالك حتى حل وطئها له (وان قال لها وهى امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة) لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللمحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذ كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصافها وهى حرة فلا تحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين يبقى شىء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل 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 تحمل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علمته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة * * * فتطلق

قوله لانه لاعدة هنالك وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطى * فان قيل اليس انه لايجوز التزويج وهذا دليل على وجوب العدة * قلنا قد قالوا لاعدة عليها بدليل انه لوزوجها من آخر جاز والصحيح انه لايجوز تزويجها من آخر * والحاصل انه لايجب العدة عليها في حق من اشتراها وهل يجب في حق غيره فهو على الروايتين * وفي الجامع الصغير التمرناشى وقالوا لو اشترى امرأته ثم باعها لايجل للمشتري وطئها حتى تحيض بحيضتين وكذا لوزوجها 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 علمته * والدليل عليه انه استعمال العتق متعديا ويحتمل ان يراد به العتق حقيقة فيحينئذ يحتاج الى الاضمار اى مع عتقك اعتاق مولاك اياك ومثله كثير في كلام العرب قوله لان اللفظ ينتظمهما اى 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 لاينتظم الحقيقة والمجاز معا ومعنى قوله انه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان العتق حكم الاعتاق والحكم يقارن العلة فيقارن العتق الاعتاق فيكون التعليق بالاعتاق تعليقا بالعتق فيصح حينئذ ان يقال التطليق معلق بالاعتاق لانه اريد 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 الابان يتعلق احدهما بالآخر تعلق الشرط بالمشروط او يتعلق احدهما بالآخر تعلق العلة بالمعلول او يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة والثالث منتف لانهما لم يتعلقا بشرط واحد او بعلة واحدة وكذا الثانى 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 اشارة الشرط فى الاعتاق لانه معدوم على خطر الوجود وللطلاق تعلق به والمعلق به التطليق لا لالطلاق عندنا لما عرف ان اثر التعليق فى منع السبب فيصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا وعنده صار تطليقا زمان التكلم * فان قيل يجب على هذا ان يصح قوله انت طالق مع نكاحك بمعنى ان نكحتك ولم يصح ذلك * قلنا هما مالك للانشاء فاحتجنا الى تصحيح تعليقه فعلمنا عن الحقيقة لذلك وثمره لا يملك الانشاء فلم يعتبر كلامه الا فى صريح الشرط

فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر 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 التطبيق لالطلاق 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 الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطبيق لانه علته فيقتربان والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

(ومن قال لامر أنه أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث) لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المهم قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها

قوله فتطلق بعد العتق فان قبل التطبيق يقارن الاعتاق 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 علمها او تقارنها كما في العقليات فجاز ان يختار محمد رحمه الله تعالى في الطلاق قول من يقول يتأخر المعلوم عن علمته في الشرعيات وفي الاعتاق قول الاخرين ممن يقول المعلول يقارن العلة في الشرعيات وانما اختار هذا لان العتق اسرع نفوذ الكونه مندوبا والطلاق ابطأ ثبوتا لكونه مبغوضا اولان لا تلزم الحرمة الغليظة بالشك على انا نقول المعلق بالشرط كالمرسل لدى الشرط ولا شك انه تقدم في الوجود او جزهما لفظا في الارسال عند مجيء الغد فكذا في التعليق وقوله انت حرة او جز 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 يتأق التقریب أيضا 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 ولانسلم كونها حرة زمان ثبوت العتق بل الشيء في زمان ثبوته ليس يثبت اجماعا بلاخلاف بين العقلاء اولانه لما وقع التعارض بين دليل الحرمة رجحنا المحرم اخذا بالاحتياط وانما تعتد بثلاث حيض احتياطا 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 للتطبيق لانه علق الطلاق بمعدوم 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 الاعتاق شرطا للطلاق تقدم العتق على وقوع الطلاق لاجمالة والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قوله والاشارة تقع بالمنشورة منها * واعلم انه لا فرق بين الاشارة بالاصابع التي اعتاد الناس الاشارة بها وبين الاصابع الاخر كذا في الفوائد الظهيرية * * * * *

وقيل اذا اشار بظهورها قبل المضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانه لا قضاء وكذا اذ انوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانه وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المهم فبقى الاعتبار لقوله انت طالق (واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة) وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغوكما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لى عليك * ولنا انه وصفه بها يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين * ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لا بتداء الا يقع (وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق) لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن (وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوءه) لما ذكرنا (وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة) لان الرجعى هو السنة فيكون طلاق البدعة وطلاق الشيطان بائنا * وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الا يقع في حالة حيض فلا بد من النية * وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك (وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا * وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعا لان الجبل شيء واحد فكل تشبيها به في توحيده ولو * * * * *

قوله وقيل اذا اشار بظهورها قبل المضمومة منها 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 ضمنا عن نشر فالعبرة للضم كذا ذكره الامام التمر تاشى رحمه الله تعالى عليه قوله حتى يقع في الاولى ثنتان يعني صحت نيته ديانه في المسئلتين حتى يقع في المسئلة الاولى ثنتان لانه نوى الاشارة بالمضمومتين وفي المسئلة الثانية واحدة لانه نوى الاشارة بالكف قوله ولنا انه وصفه بما يحتمله * فان قيل لو كان قوله انت طالق محتملا للبينونة ينبغي ان يصح نية البينونة في قوله انت طالق لان النية انما تعمل فيما احتمله اللفظ ولم يصح * قلنا النية تصح في الملفوظ لا في غير الملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظة فلا تعمل نيته كمن عليه السهو اذا سلم يريد به قطع الصلوة لاتعمل نيته بخلاف ما اذا قال انت طالق بائن فالبينونة ملفوظة * وتحقيقه ان النية تعمل فيما يحتمله اللفظ لا فيما يحتمل ان يحصل باللفظ قوله ومسئلة الرجعة ممنوعة فهو كقوله انت طالق بائن عندنا هكذا ذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله قوله اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونه جنسا الى آخره في اوائل باب ايقاع الطلاق قوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن اى في الاحكام الاربعة 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 * قوله

(ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالتى او ملاء البيت فهى واحدة بائنة الا ان ينوى ثلثا)
 اما الاول فلانه وصفه بالشدّة وهو فى البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعى فيحتمله وانما تصح
 نية الثلث لذكره المصدر * واما الثانى فلانه قد يراد به التشبيه فى القوة تارة وفى العدد اخرى
 يقال هو الذى ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقد انها يثبت اقلهما * وعن محمد رحمه الله انه يقع
 الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد بها التشبيه فى العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد
 الفى * واما الثالث فلان الشىء قد يملاء البيت لعظمه فى نفسه وقد يملاء لكثرتة فافى ذلك نوى صحته
 نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل * ثم الاصل عند ابى حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشىء
 يقع بائنا اى شىء كان المشبه به ذكر العظم اولم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضى زيادة وصف * وعند
 ابى يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اى شىء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون فى
 التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة * وعند زفر رحمه الله ان كان المشبه به مما
 يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعى * وقيل محمد رحمه الله مع ابى حنيفة رحمه الله * وقيل
 مع ابى يوسف رحمه الله * وبيانه فى قوله مثل رأس الابرّة مثل عظم رأس الابرّة ومثل الجبل ومثل عظم الجبل

(ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهى واحدة بائنة) لان ما لا يمكن تدراكه
 يشتمد عليه وهو البائن وما يصعب تدراكه يقال لهذا الامر طول وعرض * وعن ابى يوسف رحمه الله
 انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يلىف به فيلغى * ولو نوى الثلث فى هذه الفصول صحته نيته
 لتنوع البيّنونة على ما مر والواقع بها بائن والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل فى 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 فى آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى فى الحال فتصادفها الثانية
 وهى مباينة (وكذا اذا قال لها انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة) لما ذكرنا انها بانته بالاولى (ولو قال
 لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا) لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد
 فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل (وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا) لما بينا

قوله وبيانه فى قوله مثل رأس الابرّة يقع البائن عند ابى حنيفة رحمه الله خاصة على تقدير ان
 يكون محمد مع ابى يوسف رحمهما الله ومثل الجبل يكون بائنا عند ابى حنيفة وزفر رحمهما الله ومثل عظم الجبل
 يكون بائنا بالاجماع المركب فعند ابى حنيفة رحمه الله لوجود التشبيه وعند ابى يوسف رحمه الله لوجود ذكر
 العظم وعند زفر رحمه الله لكون الجبل عظيما عند الناس والله تعالى اعلم بالصواب * * *

فصل فى الطلاق قبل الدخول

قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول وقعن عليها * وفى المبسوط وهذا عندنا وهو قول عمر
 وعلى وابن عباس وابى هريرة رضى الله تعالى عنهم * وقال الحسن البصرى رحمه الله تقع واحدة بقوله طالق
 فتبين لالى عدة * وقوله ثلثا يصادفها وهى اجنبية فلا يقع به شىء كما لو قال لها انت طالق وطالق
 * ولكننا نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع يكون بالعدد لان الموقع هو العدد واذا صرح بذكر العدد كان
 هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا الوصية والمرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلثا لا يقع شىء وهذا لان الكل كلمة واحدة
 فى الحكم فان ايقاع الثلث لا يتأتى بعبارة اوجز 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

وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى (ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة) والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخره كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها 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 فحصلت الابانة بالاولى فلا تقع الثانية (ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فتقرنان فتقعان (وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان) لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقرنان (ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان) لان كلمة مع للقران * وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في قوله معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تقتضى سبق الممكنى عنه لامحالة * * * * *

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 بانبت بالاولى ولم تتعلق الثانية وان كان معطوفا نحو ان قال انت طالق وطالق 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 فيمتعلقان دفعة واحدة واذا لم يوجد حرف العطف فالثاني صار فاصلا بين الاول وبين ما ذكر من الشرط بعده فكان تتجزا وكذا لو قال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة * وعند مالك رحمة الله نطقا ثلثا لان الجمع بحرف الجمع بلافظ الجمع كما اذا قال انت طالق واحدة ونصفا وانت طالق احدا وعشرين فان في الاولى تقع ثنتان وفي الثانية تقع ثلث وعند زفر رحمة الله تقع واحدة لان المراد من نصف التطبيق كما لها فكله قال انت طالق واحدة وواحدة ولكننا نقول هذا كله ككلام واحد معنى لانه لا يمكنه ان يعبر عن واحدة ونصف بعبارة اوجز من هذا وكذا قوله انت طالق احدا وعشرين وان قال احد عشر تطلق ثلثا بالاجماع لانه ليس بينهما حرف العطف فكل الكل واحدا كذا في المبسوط * فان قيل الواو العاطفة لمطلق 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 لولم يتوقف يصير للترتيب وهو ايضا ليس من مذهبنا * قلنا الواو لم يوضع للقران والترتيب ولكن لمطلق الجمع الا انه وقع الطلاق بالاول لوجود الايقاع وعدم المانع فلم يبق محلا للثانية قوله وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى اى هذه المسائل الثلث وهو قوله انت طالق واحدة فهانت 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 اى من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف بينهما لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثالث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته وقع الثلث لكون الواقع هو العدد وكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف * * * * * قوله

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 رحمه الله تعالى * وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع * لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على ثنتين او اخر الشرط * وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثانى لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهنزه 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 الكرخى رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح * * * * *

قوله وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها وهذا الجواب مشكل في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة لان كون الشىء قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكره محمد رحمه الله تعالى عليه في الزيادات الا ترى الى قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان ينمسا الى قوله تعالى لنفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقال النبي صلى الله عليه وسلم خللوا اصابكم قبل ان يتخللها 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 بهنزه اللفظة بان قال انت طالق واحدة وواحدة فانه تقع واحدة بالاتفاق والمعلق بالشرط كالمفوض به عند وجود الشرط فلذلك اعتبر بالمتجز * فان قيل اليس انه لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لابل ثنتين فدخلت الدار طلقت ثلثا ولو نجز بهذا اللفظ قبل الدخول لم يقع الا واحدة فعلم ان الترتيب في التنجيز لا يبدل على الترتيب في التعليق وهذا لان المتجز طلاق فتبين بالاولى قبل ذكر الثانية والمعلق ليس بطلاق وانما يصير طلاقا عند الشرط ولما صح تعلقه بالشرط ينزل عند وجوده جملة اذا لم يكن في لفظه ما يبدل على الترتيب * قلنا لابل لاستدراك الغلط باقامة الثانى مقام الاول وقد صح ذلك في التعليق لبقاء المحل بعد ما تعلق الاول بالشرط فيتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالاولى والواو للعطف على تقرير الاول فتتعلق الثانى بالشرط بواسطة الاول ولما نجز بلا بل بانتهى بالاولى ولم يصح التكلم بالثنتين لفوات المحل قوله لان الفاء للتعقيب ففى كلامه تنصيص على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالاولى لا الى عدة كما لو قال بثم وبعده بخلاف الواو ولو قال انت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلانا فعند ابي حنيفة رحمه الله ان كانت مدخولا بها تقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالكلام وان لم تكن مدخولا بها تقع واحدة في الحال ويلغو ما بقى فاذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الاول بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها والاتعلق الاول ووقع الثانى ولغا الثلث وعندهما تعلق الكل بالشرط قدم الشرط او اخر الا ان عند وجود الشرط تطلق ثلثا ان كانت موطوءة والا تطلق واحدة * وهذا بناء على ان ثم للتراضى اتفاقا ولكنهم اختلفوا في اثر التراضى فقال ابو حنيفة رحمه الله وهو بمعنى الانقطاع كانه سكت ثم استأنف بعد الاول اعتبارا بكمال التراضى وقال التراضى راجع الى الوجود والحكم فاما في التكلم فمتصل * * * * *

(واما الضرب الثاني وهو الكنايات فلا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال) لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالة (قال وهى على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعى ولا يقع بها الا واحدة وهى قوله اعتدى واستبرئى رحمتك وانت واحدة) اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعيين بنيته فيقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلة ويحتمل الاستبراء ليطلقها * واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تلبية 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 يحتاج فيه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمرا ولو كان مظهرا لاتقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى * وفي قوله انت واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينفي نية الثلث ولا معتبر بأعراب الواحدة عند عامة المشايخ رحمهم الله وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الأعراب (قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بافئة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بافئة وهذا مثل قوله انت بائن وبنته وبنته وهرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختارى وانت حرة وتفتعى وتخمرى واستبرئى واغربى واخرجى واذهبى وقومى وابتنى الأزواج) لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية * * * * * قال

قوله واما الضرب الثاني وهو الكنايات ذكر في اول باب إيقاع 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 لابد من تقويم ما يوجب له ليصح الامر به فقدم الطلاق عليه كأنه قال طلقتك او انت طالق فاعتدى ضرورة صحة الامر والضرورة ترتفع باثبات اصل الطلاق فلا حاجة الى اثبات وصف زاف وهو البينونة فلذلك كان الواقع به رجعا هنا بعد الدخول وقبل الدخول جعل مستعارا محضا عن الطلاق لانه سببه فاستعير الحكم لسببه ويجوز استعارة الحكم للسبب اذا كان محتضا به قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة اى اذا اردتم القيام اليها والافعال الاختيارية مخصوصة بالارادة السابقة وقال الله تعالى انى ارانى اعصر خمرا اى عنبا والخمر مخصوصة بالعنب والاعتداد شرعا بطريق الاصل انما هو فى الطلاق واما فى غير الطلاق فبالعارض كالمرث والموت وحرمة المصاهرة وارتداد الزوج وغيرها قوله لانه تصريح بما هو المقصود منه لان المقصود من الاعتداد طلب براءة الرحم فقوله استبرئى رحمتك اى تعرفى ببراءة رحمتك فيحتمل ان يريد الزوج براءة طلقته او انت طالق فاستبرئى رحمتك او يريد استبرئى رحمتك لاطلقك فاذا نوى الاول كان بمنزلة اعتدى ونوى الاعتداد 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 فى قوله اعتدى واستبرئى على ما ذكر قوله او مضمرا اى فى قوله انت واحدة فان تقديره انت طالق واحدة قوله ولا معتبر بأعراب الواحدة قيل انما يقع الطلاق اذا قال واحدة بالنصب * * * * *

(قال الا ان يكون في حالة 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 وهذا فيما لا يصح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهى حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنائيات ثلثة اقسام ما يصح جوابا وردا وما يصح جوابا لاردا وما يصح جوابا ويصح سبا وشتمية * ففى حالة الرضاء لا يكون شىء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا * وفي حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصح جوابا ولا يصح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بته حرام اعتدى امرك بيدك اختارى لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق * ويصدق فيما يصح جوابا لاردا مثل قوله اذهبى اخرجى قومى تقضى تخمى وما يجرى هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب الا فيما يصح للطلاق ولا يصح للرد والشتم كقوله اعتدى واختارى وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق * وعن ابى يوسف رحمه الله في قوله لاملك لى عليك ولا سبيل لى عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبا * وقال الشافعى رحمه الله يقع بها رجعى لان الواقع بها طلاق لانها كنايةات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح * ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى عمله عن ولاية شرعية ولاخفاء في الاهلية والمحلية * * * * * والدلالة

بالنصب حتى يكون نعنا لمصدر محذوف اما اذا قال واحدة بالرفع لا يقع شىء 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 القدورى رحمه الله قوله والقول قوله في انكار النية لما قلنا وهو لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية وما يصح جوابا لاردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن بته حرام اعتدى امرك بيدك اختارى ولكن الخمسة الاول تصح للجواب وتصح للسب ولكن في عدم الصلاحية للرد تشترك الثمانية لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والقاضى مأمور بانواع الظاهر ويصدق فيما يصح جوابا وردا وهو سبعة اخرجى اذهبى اغربى قومى تقضى استبرئى تخمى اما صلاحية هذه الالفاظ للرد ان يراد الزوج بقول اخرجى اى اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبى اغربى اذ اغربى من الغروب هو البعد قومى اى عن طلب الطلاق تقضى من القناعة او من القناع وهى الحمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوى اقضى بما رزقتك الله متى من امر المعيشة وانركى سؤال الطلاق او اشتغلى بالتقنع الذى هو اهم لك من سؤال الطلاق اذ التقنع يزيناك والتكشيف يشيناك * وكذا قوله استبرئى وتخمى * وهو المراد من قوله وما يجرى هذا المجرى وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب احتمال الرد في السبعة المذكورة مثل اخرجى اذهبى واحتمال السب في الخمسة المذكورة التى في او اقل الثمانية وهى خلية برية بائن بته حرام فقوله انت خلية نسبة الى الشراى خلية من الخير برية من حسن الخلق او افعال المسلمين بته اى لا اصل لك او مقطوعة عن الخيرات حرام الصحبة او العشرة لسوء خلقك قوله وعن ابى يوسف رحمه الله الى قوله يصدق في حالة الغضب الحق ابو يوسف رحمه الله خمسة الفاظ اخرى وهى خلية سبيلك وفارقتك ولاملك لى عليك ولاسبيل لى عليك والحقى باهلك بتلك الخمسة المذكورة التى تحتمل السب لان فيها معنى السب ايضا فقوله لاملك لى عليك اى لانك اقل * * * * * من

والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمرجة من غير قصد وليست بكنائيات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط اى شرط النية تعيين احد نوعى البيئونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة * وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البيئونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى (ولا تصح نية الثلثين عندنا) خلافا لزرر رحمه الله تعالى لانه عدد وقد بيناه من قبل (وان قال لها اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضادين في القضاء) لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكل الظاهر شاهد له * * * * * وان قال

من ان املكك او انسبك الى نفس بالملك ولا سبيل لى عليك لسوء خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك كراهه منى لصحبتك ولا التفت اليك بعد هذا سوء خلقك وفارقتك اى فى المسكن لسوء خلقك والحقى باهلك بمعنى فارقتك * ولما كان فى هذه الالفاظ احتمال معنى السب لسوء الخلق وحالة الغضب ندل على ذلك كان متدينا فى القضاء اذا قال لم ارد الطلاق * فالحاصل ان الفاظ الكناية عشرون فى الكل يصدق قبل ذكر الطلاق وقبل الغضب فاما بعد ذكر الطلاق فينقسم على قسمين فى سبعة منها يصدق قضاء كما يصدق فى الكل قبل ذكر الطلاق وهى اخرجى واخوانه وفى غير السبعة لا يصدق بعد ذكر الطلاق وهى ثلثة عشر لفظا خلية برية بته بائن حرام اعتدى اختارى امرك بيدك ويصدق فى العشرة وهى الخمسة المذكورة فى ظاهر الرواية والخمسة الملحقة بها برواية ابى يوسف رحمه الله * والالحاق المروى عن ابى يوسف رحمه الله رواية الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسى ورواية الايضاح * واما رواية الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله ورواية الغواصن الظهيرية فالخمسة المروية عن ابى يوسف رحمه الله ملحقة بالالفاظ التى لا يدين الزوج فى حالة الغضب ايضا كما لا يدين فى حالة مذاكرة الطلاق وهى اعتدى اختارى امرك بيدك قوله والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها وهذا لانه لو اراد ان لا يقع فى عهدتها بالرجعة بلا قصد ولا ينسد عليه باب التدارك بالنكاح لا يتمكن من ذلك الا باثبات البيئونة الحقيقية لان فى الغليظة ان لم يقع فى 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 ولذلك الاثبوت الواحدة البافنة وكان القياس فى الصريح هكذا الا ان الرجعة بعده ثبتت نصا بخلاف القياس وما ثبت بخلاف القياس نصا لا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه وهذه ليست فى معناه لان تأثير هذه الالفاظ فى المحل اكثر قوله وليست بكنائيات على التحقيق جواب عن قول الشافعى رحمه الله لانها كنايات عن الطلاق قوله والشرط تعيين احد نوعى البيئونة المراد من نوعى البيئونة هنا البيئونة عن النكاح وعن غيره لا البيئونة عن النكاح خفيفة وغليظة * هذا جواب عن قول الشافعى رحمه الله انه يشترط نية الطلاق ولو لا ان الواقع طلاق لما احتيج الى نية الطلاق او هو جواب لسؤال يرد على قولنا وليست كنايات وهوانها لولم يكن كنايات لما احتيج الى النية فقال شرطت النية لتعيين احد انواع البيئونة لما تزاممت جهات البيئونة قوله وقد بيناه من قبل اشارة الى قوله فى اوائل باب ايقاع الطلاق * ونحن نقول نية الثلث انما صححت لكونها جنسا الى آخره * وقوله انما تصح نية الثلث جواب سؤال ايضا وهو ان لفظ البائن لو كان * عاملا

(وان قال لم انو بالباقي شيئاً فهي ثالث) لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفى النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا يظهر 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 نفى النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين والله اعلم بالصواب

عاملاً بنفسه لما صح نية الثالث عندكم كما لاتصح نية الثالث في قوله انت طالق عندكم لانه عامل بنفسه * قلنا صح نية الثالث لتنوع البيّنونة الى خفيفة وغلظة قوله وان قال لم انو بالباقي شيئاً فهي ثالث لانه لما نوى بالاولى وقوع الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفى النية اى 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 ثالث لانه لما نوى الطلاق بهن صار كانه قال انت طالق انت طالق انت طالق ولو قال ذلك وقال عنيت 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 مأثور باتباع الظاهر والله تعالى مطاع على ضميره فيمدن فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء * فان قيل ينبغي ان لا يقع في قوله لم انو بالباقي شيئاً لان الكلام متى امكن حملة على الحقيقة لا يجوز حملة على العجاز وان كانت الحقيقة على خلاف العادة لما عرف في مسألة لاشرب الماء ونوى شرب جميع المياه لا يحتمل ابداً وهنا امكن حملة على الحقيقة لوجوب العدة فالظاهر ارادتها فاولى ان لا يقع * قلنا لما اراد بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فيتبادر الذهن الى الطلاق فيقع بالثانية والثالثة ايضا * وذكر الامام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله والامام قاضيخان رحمه الله هذه المسئلة على اثني عشر وجهاً * احدها ان يقول لم انو الطلاق بشيء منها وفي هذا كان القول قوله كما لو ذكر ذلك مرة والثاني ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم انو بالباقيتين شيئاً او يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئاً او يقول نويت بالكلمات كلها الطلاق ففي هذه الوجوه تطلق ثلثاً لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقاً نوى اولم ينو لان الاول رجعي فيباحته الباقي * والخامس واذا قال نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض فهو مدين في القضاء لما ذكر في الكتاب * والسادس ان يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهو مدين ايضا في القضاء ومطلق ثنتين لما قلنا * والسابع ان يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثالثة الحيض ولم انو بالثانية شيئاً فانها تطلق ثنتين في هذين الوجهين لانه لما صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكل لفظ لم ينوفيه شيئاً فهو طلاق وان قال لم انو بالاولى والثانية شيئاً وصنيت بالثالثة الطلاق فانه طلاق واحد لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى والثانية فلا يقع بهما شيء وانما يقع بالثالثة لاجل النية وكذا لو قال لم انو بالاولى شيئاً ونويت بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهي واحدة * والحادي عشر هو ان يقول لم انو بالاولى شيئاً ونويت بالثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئاً فهي ثنتان لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الاولى فلا يقع بها شيء والثانية صارت طلاقاً بالنية والثالثة ذكرت في حال مذاكرة الطلاق فصارت طلاقاً * والثاني عشر اذ قال اعتدى ثلثاً وقال نويت بالثالث ثلث حيض فهو كما قال في القضاء امانية الطلاق في قوله اعتدى صحيح لما قلنا ويلزمها الاعداد بثلث حيض فكان الظاهر شاهداً فيما نوى ونصب الثالث دل على ذلك كانه قال بثلث حيض والله اعلم بالصواب

* باب

باب — تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

(وإذا قال لامرأته اختارى بنوى بذلك الطلاق أو قال لها طلقى نفسك فلها ان تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان قامت منه أو اخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها) لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة لان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما (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 بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسانه لاجتماع الصحابة رضي الله تعالى 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

باب — تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

قوله لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم روى عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمرو وجابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم قالوا في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار مادام في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها قوله ولانه تمليك الفعل منها * فان قيل ينبغي ان لا يبقى للزوج ولاية التطليق بعد التمليك كما في تمليك الاعيان * قلنا هذا الملك ثابت بطريق الضرورة اذ من المحال ان يقوم ملك التطليق 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 لما ذكرنا من اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ان نقول التضايق انما يكون في الاعيان المحسوسة فان العين المحسوسة اذا كان كله مملوكا لاحد استحالة الملك فيه لغيره فيلزم من ثبوت الملك للموهوب له انقطاع ملك الواهب فاما لانتضايق في الولايات الشرعية الا ترى ان الاخوين تثبت لكل واحد منهما ولاية تزويج اختهما كمالا قوله والتمليكات تقتضى جوابا في المجلس وانما كان كذلك دفعا لضرر الملك وهذا لان الزوج انما خيرها لتظهر رغبتها فيه من رغبتها 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 علي رضي الله تعالى عنه * وعلى قول عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما واحدة رجعية * وعلى قول زيد رحمه الله اذا اختارت نفسها فثلث فكانه حمل هذا على اتم ما يكون من الاختيار وعمر وابن مسعود حملاه على ادنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ولكننا نأخذ في هذا بقول علي رضي الله تعالى عنه كذا في المبسوط قوله

(ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك) لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانه لان البيئونة قد تتنوع (ولابد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها حتى لو قال لها اختارى فقالت قد اخترت فهو باطل) لانه عرف بالاجماع وهو المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصح تفسيره للمبهم ولانعين 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 في الاختيار تنبى عن الاتحاد والانفراد لان اختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه (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 يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقى نفسك فقالت انا اطلق نفسى * وجه الاستحسان حديث عائشة رض الله عنها فانها قالت لا يبل اختار الله ورسوله واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجزى في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسى لانه تعذر حملها 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 اختارى فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابى حنيفة رمة الله تعالى عليه ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة) وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذا الاختيار في حق الطلاق هو الذى يتكرر * لهما ان ذكر الاولى وما يجرى مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الأفراد فيعتبر فيما يفيد * وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه * * * * *

قوله ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع لانه ينبى عن الخلو والصفوة وذلك لا يتنوع لان الصفوة اذا حصلت لها بالاختصاص بنفسها فبعد ذلك لا يزيدادى بانضمام شىء آخر به ولان الاختيار اسم لفعال خاص وهو الخلو وثبوت البيئونة فيه مقتضى ثبوت الخلو والصفوة فلم يصح فيه نية العموم ولانه انما صار طلاقا باجماع الصحابة رض الله عنهم ولا خلاف في الواحدة فثبتت بخلاف الابانه لان البيئونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وبخلاف الامر باليد فان الامر اسم عام يتناول كل شىء قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد الاشياء كلها وبخلاف قوله طلقى نفسك فانه مختصر قوله افعلى فعل التطبيق فكان هو محتملا للعموم والخصوص فاذا نوى الثلث فقد نوى العموم فيصح قوله ولا بد من ذكر النفس اى نفس المرأة او ما يقوم مقام ذكر النفس من التطبيق او الاختيار او ما يكون كناية عن ذلك في كلامه او كلامها بان قال لها الزوج اختارى نفسك او قال لها اختارى اختيارا فقالت اخترت ابى او امى او اهلى او الازواج وكان القياس في قولها اخترت ابى او امى ان لا يقع شىء لانه لم يوجد في لفظها ما يدل على اختيار البيئونة لكننا نستحسن فتوقع لان الزوج لو قال لها الحقى باهلك ونوى الطلاق يكون طلاقا فكذلك اختيارها الانضمام اليهم اختيار للبيئونة كذا في الايضاح قوله لان اختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة بان قال لها اختارى نفسك بطلقة ويتعدد اخرى بان قال لها طلقى نفسك بما شئت او اختارى نفسك بثلاث تطبيقات والتفرد والتعدد من خواص الطلاق اما اختيارها زوجها فانه لا يتعدد لانه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد قوله وجه الاستحسان حديث عائشة رض الله عنها وهو ما روى لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتم تردين الحيوة الدنيا وزينتها الاية * بدأ رسول الله بعائشة رض الله تعالى عنها فقال لها * * * * * انى فخيرك

كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء
 (ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا) لانها للمرة نسا فصارت كما اذا صرحت بها ولان
 الاختيار للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلث فمع التأكيد اولى (ولو قالت قد طلقت نفسي واخرت
 نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة) لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت
 نفسها بعد العدة (وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختارى تطليقة فاخرت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة)
 لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة والله تعالى اعلم بالصواب * فصل

انى محيرك فلا تجيبني حتى تستأمرى ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت اني هذا استأمر ابوي لابل اختار الله
 ورسوله وجعل رسول الله عليه الصلوة والسلام هذا الكلام منها اجابا بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر
 حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة لانه لاحال ههنا 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 في المكان فالقوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال
 هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخر فاذا لغا ذلك بقى
 قولها اخترت ولان الاولى والوسطى كما يصح نعمنا للتطليقة يصح نعمنا للاختيار المحاصلة منها * ولو اقتضت
 على قولها اخترت كان جوابا لكل فلا يتغير ذلك بكلام محتمل بخلاف ما لو اختارت التطليقة لان التطليقة
 لا تتناول الثلث فاذا لغا ذلك في حق الاصل وهو الترتيب لغا في حق البناء وهو الافراد بقى قولها اخترت
 وهو يصح جوابا لكل فيقع الثلث * فان قيل فاذا لغا في حق الترتيب بعدم امكانه فلم يبلغ في حق الافراد
 وهو ممكن * قلنا الكلام وضع للترتيب والافراد ثبت ضمنا وضرورة فمتى لغا الاصل لغا ما في ضمنه ضرورة
 * فان قيل فينبغي ان لا يقع شيء لانه لما لغا ذكر الترتيب بقى قولها اخترت وبهذا اللفظ لا يقع الطلاق
 ما لم تغل اخترت نفسي * قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق وهنا في لفظه
 ما يدل على ذلك وهو قوله اختارى ثلث مرات وقيل لابد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض
 محمد رحمه الله التفرغ دون بيان صحة الجواب **قوله** فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ
 يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة * ومثله في بعض نسخ الجامع الصغير
 الصواب انه لا يملك الرجعة وهكذا ذكر في 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 في تطليقة او اختارى تطليقة فاخرت نفسها اى قالت اخترت نفسي فهي واحدة
 يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة * فان قيل قوله امرك بيدك او اختارى
 يفيد البيهونة 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 بتطليقة كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقى نفسك وقد ذكرنا ان قولها اخترت لا يصح
 جوابا لقوله طلقى نفسك * قلنا آخر كلامه لما صار تفسيره للاول كان العامل هو المفسر والمفسر هو الامر
 باليد والتخيير وقولها اخترت يصح جوابا لذلك كذا ذكره الامام قاضى خان رحمه الله في الجامع الصغير
 والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * فصل

فصل في الامر بالاليد

(وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلث) لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكاً كالتمخير والواحدة صفة الاختياره فصار كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث (ولو قالت قد طلقت نفسى واحدة او اخترت نفسى بتطبيقه فهى واحدة باثنته) لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو فى الاولى الاختياره وفى الثانية التطبيقه الا انها تكون باثنته لان التفويض فى البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جواباً له فنصير الصفة المذكورة فى التفويض المذكورة فى الايقاع * وانما تصح نية الثلث فى قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختارى لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل (ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر فى يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد) لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناولهما الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الآخر * وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد * قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد يحتمله فتوقت الامر بالاول وجعل الثانى امراً مبتدأ (ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك وان ردت الامر فى يومها لا يبقى الامر فى يدها فى الغد) لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناولهما الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك فى يومين * وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر فى اليوم لها ان تختار نفسها غدا * * * * *

فصل فى الامر باليد

قوله وهو فى الاولى الاختياره وهو قولها قد اخترت نفسى بواحدة وفى الثانية التطبيقه 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 فى الاولى قولها اخترت فيجب اثبات الاختياره التى تدل عليها اخترت وفى الثانية طلقت فيجب اثبات التطبيقه ولا يجوز ان يكون الموصوف المرة على معنى طلقت نفسى مرة واحدة لانه لا دليل عليه * فان قيل يدل عليه قوله امرك بيدك اذ هو التفويض العام * قلنا اثبات التطبيقه اولى لكونها متيقنا بها قوله لان التفويض فى البائن ضرورة ملكها امرها اى الزوج ملكها امرها بقوله امرك بيدك ولا تملك امرها الا اذا فوض اليها البائن فيصير التفويض فى 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 يتناولهما الامر علم انه ليس المراد بذكر الوقت الثانى امتداد الامر الاول فاقتضى ضرورة ايجاب امر آخر فلما اذا قال وغدا فاحد الوقتين متصل بالوقت الآخر فكان ذكر الغد لامتداد حكم الامر اليه فلا يثبت به الامر الآخر اذ لا ضرورة فيه وقوله وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع يريد به ان تخلل الليلة لا يجعلهما متينين لان القوم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل ولا ينقطع مشورتهم ومجلسهم * وقال زفر رحمه الله 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 الثانى امراً مبتدأ لانه يتخلل بينهما ما ليس

لانها 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 المخير بين شيئين لا يملك الاختيار احدهما * وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انها امران لما انه ذكر لكل وقت خيرا بخلاف ما تقدم (وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدمه حتى جن الليل فلا خيار لها) لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقف به ثم ينقض بانقضاء وقته (واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما ولم تقم فالامر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر) لان هذا تملك التطلق 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 لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها) لان هذا تملك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تملك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس نارة يتبدل بالتحول * * * * *

بوقت للامر فبرد الاول لا يرند 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 يرند بردها كما انه ليس لها ان تقول لا اقبل ايقاع الطلاق بل يقع عليها من غير قبولها فلا يرند بردها جعل رد الامر في اليوم بمنزلة قيامها عن المجلس او اشتغالها بعمل آخر * وجه ظاهر الرواية ان الوقت المذكور ههنا بمنزلة المجلس في قوله امرك بيدك مطلقا وهناك لو اختارت زوجها خرج الامر من يدها وان بقي 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 يبق لها خيار في الغد فكذلك اذا اختارت زوجها لا يبقى لها الخيار في الغد * وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انها امران حتى اذا اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد لها ان تختار نفسها جعل شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه هذه الرواية صحيحة **قوله** وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد حققناه من قبل اي في فصل اضافة الطلاق **قوله** وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا التملك فيه معنى التعليق * فان قيل لما كان فيه من معنى التعليق ينبغي ان لا يعتبر مجلسها كما لا يعتبر مجلس الزوج وبالنظر الى معنى التملك كان ينبغي ان لا يتوقف * قلنا التملك 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 التملك فقلنا بالاقتصار 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 تملك محض لا يشوبه التعليق * * * * * **قوله**

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 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 فانكأت او متكئة فقعبت) لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبئة فتربعت قال رضى الله تعالى عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فانكأت لا خيار لها لان الانكأ اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا * والاول هو الاصح * ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله تعالى (ولو قالت ادعوا بي استشيريه او شهودا اشهدهم فهي على خيارها) لان الاستشارة لتحرى الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض (وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقففت فهي على خيارها) وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها (والسفينة بمنزلة البيت) لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر والله تعالى اعلم بالصواب

قوله ومرة بالاخذ في عمل آخر اى عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه لانفس العمل حتى لو شربت ماء لا يبطل الامر لانها قد شربت لتتمكن من الكلام ففي حال المشاجرة والحصام قد يجف الفم فلا يقدر على الكلام ما لم يشرب فلا يكون ذا دليل الاعراض وكذلك ان اكلت شيئا يسيرا من غير ان يدعوا بالطعام او لبست ثيابها من غير ان تقوم من ذلك المجلس او سبحت او قرأت آية او كانت في مكتوبة فانمت او في تطوع فانمت الشفع ولو شرعت في شفع آخر خرج الامر من يدها * وروى ابن سباعة عن محمد رحمه الله في الاربع قبل الظهر انها بمنزلة صلوة واحدة والوتر كالمكتوبة لان ذا عمل قليل بخلاف ما اذا دعيت بطعام فاكلت او نامت او امتشطت او اغتسلت او اختضبت او جامعها زوجها لاشتغالها بعمل آخر لا تحتاج اليه وليس ذا من عمل الاختيار * وكذا يعتبر مجلسها في قوله لها اختارى نفسك وفي قوله طلقى نفسك وانتم طالق ان شئت وفي قوله لا جنبى امر امرأتى بيدك او قال له طلقها اذا شئت او ان شئت او امر امرأتى بيدك في ان تخلعها 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 التمر تاشى رحمه الله تعالى عليه قوله والاول هو الاصح لان الانكأ استناد والاستناد اجمع للرأى ولان الانكأ نوع جلسة فلا يتغير به ما هو الثابت للجالس قوله والسفينة بمنزلة البيت لا يبطل خيارها بسيرها لان سيرها غير مضاف الى راكبها قال الله تعالى وجرين بهم وهى تجرى بهم بخلاف الدابة لان سيرها ووقوفها مضاف الى راكبها 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 محمل واحد * وهكذا الجواب في البيع ان انصل قبول المشتري بايجاب البائع من غير سكتة بينهما في هذا الفصل ينعقد البيع والا فلا كذا في المبسوط والله تعالى اعلم بالصواب فصل

فصل في المشية

(ومن قال لامراته طلقى نفسك ولانية له اونوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى 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 كسافر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدما وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق وهو رجعى (ولو نوى الثنتين لا تصح) لانه نية العدد (الا اذا كانت المنكوحة امة) لانه جنس فى حقها (وان قال لها طلقى نفسك فقالت ابنت نفسى طلقت ولو قالت قد اخترت نفسى لم تطلق) لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامراته ابنتك ينوى به الطلاق او قالت ابنت نفسى فقال الزوج قد اجزت ذلك بانث فكانت موافقة للتفويض فى الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قال طلقت نفسى تطليقة بائنة وينبغى ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامراته اخترتك او اختارى ينوى الطلاق لم يقع (ولو قالت ابتداء اخترت نفسى فقال الزوج اجزت لا يقع شىء) الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقى نفسك ليس بتخيير فيه فيلغو * وعن ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يقع شىء بقولها ابنت نفسى لانها انت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق (وان قال لها طلقى نفسك فليس له ان يرجع عنه) لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقتها واليمين تصرف لازم (ولو قامت عسن مجلسها بطل) لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقى ضررتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع * * * * * وان قال

فصل في المشية

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 الثالث فى المطول فكذا فى المختصر وهذا بخلاف قوله طلقتك لانه وان دل على المصدر لكنه فى الاصل 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 فى قوله انت طالق * واما فى قوله طلقى نفسك فادر بالتطليق وضعلا لا ضرورة فيحتمل العموم لانه اسم جنس واسم الجنس يقع على الادنى ويحتمل الكل حتى اذا نوى الكل صح كما لو حلف ان لا يشرب الماء * ولو قال لها طلقى نفسك فقالت ابنت نفسى طلقت وكذا لو قالت انا حرام اوبائن اوبرية اوبنته * وقالوا لا يصح منها البائن على قياس قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى كما لو امرها بواحدة فطلقت ثلثا او ثلثا فطلقت الفا او نصف تطليقة او الفا فطلقت ثلثا يقع وان كانا فى الحكم سواء لانه يعتبر اللفظ كذا فى الجامع الصغير للتمرناش رحمه الله * ويمكن ان يقال هنا موافقة فى الاصل فجعل جوابا * وفى قوله طلقى نفسك نصف تطليقة مخالفة فى الاصل اذ النصف الزائد اصل او انت بغير ما فوض اليها لان المفوض اليها نصف الطلاق الذى يكون ساريا وفى الباقي مخالفة فى الايجاب حين انت بغير ما فوض اليها من الايجاب قوله وينبغى ان تقع تطليقة رجعية هذا شرح لاطلاق جواب محمد رحمه الله تعالى عليه وهو قوله طلقت فان محمدا رحمه الله لم يتعرض لوصف الابانة فكان رجعيانظرا الى الاطلاق وهو المتيقن قوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق * قوله

(وان قال 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 امرأتى فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع) لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأتى تطلقى نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج ان يرجع * وقال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشية فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت * ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذى يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق * * * * *

قوله وان قال لها طلقى نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين الى قوله بخلاف ما اذا قال لها طلقى ضربتك لانه توكيل وابانة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع * فان قيل في قوله طلقى ضربتك معنى التعليق ايضا فكان ينبغى ان يقع لازما في جانبه ولا يقبل الرجوع * قلنا لا يمكن اعتبار التعليق في ضمن الوكالة اذ الوكالة من العقود المجاوزة فلو اعتبرنا التعليق فيه تبطل حقيقة فيؤدى الى ابطال ما في ضمنه والتمليك من العقود اللازمة فيلزم التعليق فاعتبر قوله قوله وان استعانة فلا يلزم اى في جانب الزوج ولا يقتصر على المجلس اى في جانب الوكيل وهذا لانه امر بايقاع الطلاق والامر لا يقتضى الائتمار على الفور اعتبارا باوامر الشرع وبسائر الوكالات ويقبل الرجوع لئلا يعود على موضوعه بالنقض وهذا لانه انما استعان بغيره في حاجته لكون التصرف له لاعليه فلو الزمناه فرمما تزول حاجته فيصير التصرف عليه فيتضرر به ولان الوكيل يعمل للموكل وفي لحقوق المنة ضرر فله ان يرجع قوله قال زفر رحمة الله تعالى عليه هذا والاول سواء هو قوله لرجل طلق امرأتى قوله والمالك هو الذى يتصرف عن مشيته * فان قيل لو قال لاجنبى طلق امرأتى كان الوكيل متصرفا ايضا عن مشية واختيار فلم لا يكون تمليكا * قلنا انما نشأ ذلك الاختيار والمشية من عدم نفاذ الزام الامر عليه لعدم الولاية لا من الصيغة فان الصيغة ملزمة اذا صبرت من ذى ولاية ولما قال للاجنبى ان شئت فالمشية جاءت من الصيغة صريحا واثبتت خاصية المالكية فكان هذا الكلام للتمليك لا للالزام الا ترى ان الله تعالى لو قال اعملوا كذا ان شئتم لم يكن الزاما وكان تمليكا بخلاف المشية الثابتة للوكيل في عدم نفاذ ولاية الزام الامر وكلامنا في المشية المستفادة من الصيغة * والحاصل ان المشية نوعان نوع يذكر ويراد به الاختيار في الفعل بمعنى نفى الغلبة ورفع الاضطرار والوكيل موصوف بهذه المشية * والنوع الثانى الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم تفعل بمعنى ان شئت اثرت الفعل على الترك او ترك الفعل والايثار ينبنى عن استحسان الفعل والتحصيل له لزيادة رغبة فيه وانه لحسنه وانه معنى آخر وراء المشية بمعنى نفى الغلبة والوكيل غير موصوف بالمشية بهذا الاعتبار لان الموكل هو الذى يؤثر الفعل والترك والموجود من الموكل في حق الوكيل ليس الاستعارة النسان وتحصل العبارة باختياره من غير تحصيل النظر في مصالحة الفعل وتركه فاذا فوض الامر الى غيره وقطع تدبيره ورأيه في مصالحة الامر وتركه وهذا صفة المالك لاصفة الوكيل فكان قوله ان شئت تمليكا لا توكيلا فتبين بهذا ان التصريح بالمشية ليس كعدمه فان التصرف بذكر المشية صار تمليكا بعد ان كان توكيلا وانها غير محمولة على نفى الاضطرار بل على المعنى الثانى وهو الذى يوجبها الزوج ويثبتها صيانة لتصرف العاقل عن الالغاء اذ لو حملت على نفى الاضطرار لم يفد الاما فاده السكوت عن ذكر المشية وفيه الغاء تصرف العاقل * * * * * وهذا

(بخلاف البيع لانه لا يحتمله ولو قال لها طلقى نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة) لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يقع واحدة) لانها انت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا * ولا يحتمله رحمه الله انها انت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدأة مجيبة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملك الثلث اما هنا لم تملك الثلث وما انت بما فوض اليها فلغا (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 نفسى واحدة بائنة فتقع رجعية لانها انت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقى نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسى واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة للمفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف * * * * * فصار

وهذا بخلاف البيع لان تمليك الطلاق فيه معنى اليمين لان فيه تعليق الطلاق بالتطبيق وفي قوله طلقها ان شئت تمليك فيه تعليق الطلاق بالمشية والطلاق يحتمل ذلك والبيع مما لا يحتمل التعليق بالشرط فيلغو ذكر المشية 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 والثلث غير الواحدة وهذا لان الثلث غير الواحدة لفظا وكذا حكما لثبوت الحرمة الغليظة بالثلث دون الواحدة وكذا اختلفا في وقت الوقوع لان وقت الواحدة بعد الفراغ عن قوله طلقت ووقت الثلث بعد الفراغ عن قوله ثلثا فاذا ثبتت المغايرة بينهما في اللفظ والحكم ووقت الوقوع يكون معرضة عما فوض اليها فيلغو فصار الاصل في هذا ان المرأة تصاح ان تكون مجيبة للزوج بما في ضمن كلامه ولا تصاح ان تكون مجيبة بما في ضمن كلامها لان المتضمن يثبت على حسب المتضمن فاذا كانت مبتدئة في المتضمن لم تصاح مجيبة فيما في ضمنه وهذا لان الواحدة من الثلث 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 فيبطل طلب الموافقة في المضمون وهذا بخلاف ما اذا طلق الزوج الفا لانه يتصرف بحكم الملك فصح 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 ملكت بالتفويض فتملك بقدر ما فوض اليها قوله لانها انت بالاصل وهو قولها طلقت نفسى وزيادة وصف وهو قولها واحدة بائنة * فان قيل اذا قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا بقولها طلقت نفسى ثلثا واقعة في قولها طلقت نفسى حتى لو اقتصر عليه تكون ممثلة * وانما خالفته في قولها ثلثا فكان ينبغي ان يلغى الثلث وتكون ممثلة في ايقاع الواحدة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه * قلنا الطلاق متى قرن بالعدد * * * * * فالوقوع

فصار كأنها اقتصر على الأصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا او رجعيًا (وان قال لها طلقى نفسك
 ثلثا ان شئت وطلقت واحدة لم يقع شيء) لان معناه ان شئت الثلث وهى بايقاع الواحدة ما شاءت
 الثلث فلم يوجد الشرط (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابى حنيفة
 رحمه الله) لان مشية الثلث ليست بمشية للواحدة كايقاعها * وقالوا تقع واحدة لان مشية الثلث مشية
 للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت
 ان شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الامر) لانه علق طلاقها بالمشية المرسله وهى انت بالمعلقة
 فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعينها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى
 الطلاق لانه ليس فى كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائبا طلاقها والنية لا تعمل فى غير المذكور
 حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبى عن الوجود بخلاف قوله اردت
 طلاقك لانه لا ينبى عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابى او شئت ان كان كذا لامر لم يجبى
 بعد لما ذكرنا ان المأنى به مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر (وان قالت قد شئت ان كان كذا
 لامر قد مضى طلقت) * * * * * لان

فالرفوع بالعد لا بلفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا وكذا لو ماتت قبل قوله
 ثلثا لا يقع الطلاق فاذا كانت مبتدئة فى كلمة الايقاع لم يقع عليها شيء بدون اجازته وبه فارق صفة
 البيئونة لان قولها ابنت نفسى معناه طلقت نفسى تطبيقه بائنة واصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسى لا بذكر صفة
 البيئونة وهى فى ذلك ممثلة امره قوله فصار كأنها اقتصر على الأصل فيقع بالصفة التي عينها
 الزوج بائنا وهذا لان الزوج فوض اليها ذات الطلاق مع الوصف وانها انت بذات ما فوض اليها
 وخالفت فى الوصف فصارت موافقة فى الأصل مخالفة فى الوصف ولا يجوز ابطال الأصل للوصف فيقع الأصل
 ويستتبع الوصف الذى ذكر الزوج يحققه انها لو اقتصر على قولها طلقت فى المسئلتين يصح جوابا
 للزوج فى وقوع ما امر به الزوج وقولها بائنة او رجعية زائدة فيلغو بخلاف المسئلة المتقدمة فانها بايقاع
 الثلث لم تأت بعين ما فوض اليها على ما ذكرنا فلا يصح ان تكون مجيبة قوله ولا يقع الطلاق
 بقوله شئت وان نوى الطلاق * فان قيل ينبغي ان يقع لانه مسبق بذكر الطلاق فصار كأنه قال
 شئت طلاقك فيقع * قلنا الكلام المبهم انما ينبى على ما سبق اذا ما اعتبر السابق والسابق هنا غير
 معتبر لاشتغالها بما لا يعينها حتى لو قالت شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ لان المشية ينبى
 عن الوجود فمعنى قوله شئت ذلك حصلته وتحصيل الطلاق بايقاعه الا انه لابد 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 زائد الموت اى طالبه وفى المثل السائر الزائد لا يكذب اهله اى
 طالب الكلاء وليس من ضرورة الطلب الوجود * فان قيل اليس ان الارادة والمشية سيان عند اهمل
 السنة * قلنا جاز ان يكون بينهما تفرقة نظرا اليها وتسوية نظرا الى ربنا لان ما شاءه اطلبه يكون لا
 محالة بخلاف العباد * وذكر فى المحيط واذا قال لها شئت طلاقك ذكر شيخ الاسلام فى شرحه انه يقع
 الطلاق ولم يشترط نية الايقاع * وفى المبسوط رجل قال لامرأته شئت الطلاق ينوى به الطلاق فقالت
 قد شئت فهى طالق وان لم يكن له نية فليست بطالق لما بينا ان مشيتها من عمل قلبها كاختيارى
 فهذا بمنزلة قوله اختارى الطلاق فقالت اخترت * * * * * وهناك

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 فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا تقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شئت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها نعم الازمان دون الافعال فتملك التعليل في كل زمان ولا تملك تطبيقا بعد تطبيق * واما كلمة اذا واذا فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله 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 نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا) لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال (الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء) لانه ملك مستحدث (ولبس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة) لانها توجب عموم الانفراد لعموم الاجتماع فلانملك الايقاع جملة وجمعا (ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى نشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية لها) لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لانعلاق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس * * * * *

وهناك ان نوى الزوج الايقاع يقع فكذلك ههنا فان قال احبى الطلاق او اريدى الطلاق او اهوى الطلاق فقالت قد فعلت كل باطلا وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحبة والهوى من العباد نوع ثمن فكانه قال لها تمن الطلاق فقالت تمنيت لا يقع قوله لان التعليق بشرط كائن تنجيزاي بشرط ثابت موجود كما اذا قال امرأى طالق وان كان زيد في الدار والحال انه في الدار يقع الطلاق * فان قيل لو كان التعليق بشرط كائن تنجيزا لكان 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 * قلنا قال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله تعالى عليه اختلف المشايخ في هذه المسئلة فيمنع ولئن سلمنا فنقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل في المستقبل فكذا اذا حصل التعليق بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم قوله لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك يعنى لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقبام عن المجلس ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج والامر كان في يدها فلا يخرج بالشك فان قيل وجب ان يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحا للرد قلنا انما يحمل على الشرط اذا كان الرد صادرا من كل التعليق صادرا منه وهذا لان ارادة الشرط يختص بمن كان التعليق مختصا به دون من كان الرد مختصا به فلذلك لم يحمل على الشرط تصحيحا للرد كذا في الفوائد الظهيرية قوله والطلاق لانعاق له بالمكان فيلغو * فان قيل اذا لغا ذكر المكان يبقى قوله 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 فحملا عليه مجازا عن حرف شرط فان قيل اذا جهل مجازا عن حرف الشرط فلم يجعل مجازا عن حرف ان حتى يبطل بالقيام عن المجلس ولا يجعل مجازا عن اذا * * * * * ومتى

بجلاى الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما (وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطلقه يملك الرجعة) معناه قبل المشية (فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال) لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقى ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير * قال رضى الله تعالى عنه قال فى الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا تقع مالم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا * وعلى هذا الخلاف العناق * لهما انه فوض التطلق اليها على اى صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية فى جميع الاحوال اعنى قبل الدخول وبعده * ولا بى حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض فى وصفه يستدعى وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه

ومتى حتى لا يبطل بالقيام * فلما جعلها مجازا عن حرف ان اولى لانها اصل فى الشرط خالص له ومعنى الشرط هو الجامع فجعل مجازا لما هو اصل فى الشرط دون اذا ومتى لانهما لا يتحصان للشرط قوله بجلاى الزمان لان له تعلقا به لان الطلاق لو وقع يقع فى زمان دون زمان واما اذا وقع فى مكان كان واقعا فى جميع الامكنة فلا يكون له تعلق بالمكان لانه لافائدة فى تعلقه بالمكان لعدم اختصاصه بالمكان والتعليق بالشىء لبيان الاختصاص به كما فى الافعال فوجب اعتباره خصوصا كما فى انت طالق ان شئت وعموما كما فى انت طالق متى شئت قوله وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها حتى لو شاءت ثلثا او واحدة بائنة ولم ينو الزوج وقع ما اوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصليين * اما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فلانه اقامها مقام نفسه فى اثبات الوصف والزوج متى اوقع رجعيا يملك ان يجعله بائنا وثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله فكذا المرأة تملك ان تجعل ما وقع بائنا وثلثا لان الزوج اقامها مقام نفسه فى اثبات الوصف * واما عندهما فكذا يملك ايقاع البائن والثلث فانه تفويض اصل الطلاق اليها على اى وصف شاءت * وعلى هذا الخلاف لو قال انت هر كيف شئت يعتق عنده فى الحال وعندهما يتوقف على المشية * والحاصل ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيتها عنده وانما يتعلق صفته وعندهما يتعلق اصل الطلاق ووصفه بمشيتها * لهما ان هذا تفويض الطلاق اليها على اى وصف شاءت وانما يكون كذلك اذا تعلق اصل الطلاق بمشيتها اما اذا لم يتعلق لا يقع كيف شاءت بل يقع على خلاف ماشاءت لانه يقع رجعيا وما شاءت ان يكون رجعيا * وهذا لان كيف للاستيصاف عن الشىء فاذا اضافها الى المشية المضافة الى الطلاق فقد علق جميع اوصاف الطلاق بالمشية ولن يصير جميع الاوصاف معلقا بالمشية الا بعد ان يصير اصل الطلاق معلقا بها لانه متى وقع اصل الطلاق فى الحال لابد وان يستصحب بعض اوصافه لاستحالة وجود اصل الطلاق فى الواقع بدون الوصف ولانه لو لم يتعلق اصل الطلاق للغا قوله كيف شئت فى غير المدخول بها لانها لا تشتغل باثبات الوصف بعده * وله ان كيف للاستيصاف وذا لا يتصور الا بعد وجود اصله الا ترى الى قول القائل * يقول خليلى كيف صبرك بعدنا * فقلت وهل صبر فتسأل عن كيف * فاذا كان الاستيصاف يستدعى وجود الموصوف يقع اصل الطلاق قبل المشية قضية للاستيصاف لكن يثبت ادنى اوصافه ضرورة ان اصله لا ينفك عن وصفه ويتعلق ما وراء المشية وهذا لان قوله انت طالق ايقاع فلوثبت التعليق بمشيتها انما ثبت ضرورة التخيير واذا دخل فى الوصف لافى الذات وهذه اوصاف تنفك عن الذات فلم يكن من ضرورة تعلقها بالمشية تعلق الذات بها وما قاله اولى لان اثبات الموصوف وان كان فيه تخصيص * * بعض

(وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت) لانها تستعملان للعدد فقد فوض اليها اى عدد شاءت (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 طلق نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او اثنتين ولانطلق ثلثا) عند ابي حنيفة رحمه الله وقال تطلق ثلثا ان شاءت 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 بى حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبويض وبالتعميم فعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبويض بدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهى المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب — الإيمان في الطلاق

(واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهى طالق) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح * ولما ان هذه 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 التجيز والحمل مأثور عن السافى كالشعبى والزهرى وغيرهما * واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار * * * * *

بعض الاوصاف عن التعليق ليصح الاستيصال اولى من تعليق اصل الطلاق بالمشية وتعميم الاوصاف وفيه ابطال الاستيصال لان الكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل **قوله** وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت وذكر في اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او اثنتين او ثلثا ما لم تقم عن مجلسها * فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلثا * قلنا قدر روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها في التجيز واحتمل ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشية العدد لامشية الاباحة يريد انها تقدر عليه كما يقال في عبد بين اثنين دبر احدهما نصيبه ان الاخر بالخيار ان شاء دبر نصيبه وان شاء تركه على حاله وان شاء اعتقه وقد علمنا انه لا يباح له اعتاق نصيبه وانما عنى به مشية القدرة لانه لو اعتق نصيبه ضمن للاخر قيمة نصيبه مدبرا * وذكر في الفوائد الظهيرية في المسئلة التى تليها ان المرأة اذا طلقت نفسها ثلثا على قولها او اثنتين على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو خرجت خرج الامر من يدها بخلاف ما اذا وقع الزوج **قوله** فعل بهما اى بالتبويض والعموم فان الثنتين عام بالنسبة الى الواحدة وبعض بالنسبة الى الثلث **قوله** بدلالة اظهار السماحة في قوله كل من طعامى ما شاءت **قوله** او لعموم الصفة اى في قوله من نسائى من شاءت لانه وصفها بالمشية وهى عامة كما في قوله لا اكلم الا رجلا كوفيا لا يحنث بالتكلم بجميع رجال كوفة والله تعالى اعلم بالصواب

باب — الإيمان في الطلاق

قوله واذا اضاف الطلاق الى النكاح اى علق وقال الشافعى رحمه الله لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما انه خطب امرأة فابى اولياؤها ان يزوجها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلثا فاستئبل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح والمعنى فيه انه غير مالك لتجيز الطلاق * * * * *

فانت طالق) وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاءه الى وقت وجود الشرط فصيح يمينا او ايقاعا (ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الخالف مالكا او يضيفه الى ملكه) لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة * * * *

فلا يملك تعليقها وهذا لان تأثير الشرط في تأخير الوقوع الى وجوده ومنع ما لولاه لكان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغوا لاطلاقا اولان الطلاق يستدعي اهلية في الموقع وملكا في المحل * ثم قبل الاهلية لا يصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كالصبي اذا قال لامرأته اذا بلغت فانت طالق فكذلك 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 الخالف في ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه هملا او منعا والملك في المحل شرط الطلاق والمحلوف به ليس بطلاق وانما يكون طلاقا بالوصول الى المرأة وما دام يمينا لم يلاق المرأة وانما يعدى حكمه الى المحل عند ارتفاع اليمين لوجود الشرط فشرط الملك في المحل حينئذ وهو ثابت ولكن المحلوف به ماسيصر طلاقا عند الشرط بوصوله اليها وهذا كالرمي فان عينه ليس بقتل والترس ليس مانعا ما هو قبل ولا مؤخر له بل هو مانع ماسيصر قتيلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعا من الوصول الى المحل ولا يكون التصرف معتبرا الا بركنه ومحلّه لا يكون طلاقا قبل الوصول الى محلّه فاذا وجد الشرط صار طلاقا لوصوله الى محلّه * وبه فارق ما لو قال لاجنبيه ان دخلت الدار فانت طالق فان المحلوف به هناك غير موجود ولا يتيقن لوجوده عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب ملك الطلاق ولا هو مالك لطلاقها في الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط اما ههنا فيتيقن بوجود المحلوف به لان الزوج سبب لملك الطلاق ولو كان المحلوف به موجودا بطريق الظاهر بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق انعقدت اليمين وان كان من الجائز ان يكون دخولها بعد زوال الملك فاذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط اولى ان ينعقد اليمين وبان كان لا يملك التمييز لا يدل على انه لا يملك التعليق كمن قال لجاريته ان ولدت ولدا فهو حر صح وان كان لا يملك تمييز العتق في الولد المعدوم وكمن قال لامرأته الحائض اذا طهرت فانت طالق كان هذا طلاق السنة وان كان لا يملك تمييزه في الحال * وهذا بخلاف الاهلية في المتصرف لانه لا بد منه في تصرف اليمين كما لا بد منه في تصرف الطلاق فاما الملك في المحل فمعتبر للطلاق دون اليمين * وهذا بخلاف البيع فان الايجاب احد شطري البيع وتصرف البيع قبل الملك لغو فاما الايجاب ههنا فتصرف آخر سوى الطلاق وهو اليمين * وتأويل الحديث ماروي عن مكحول والزهرى وسالم والشعبي رحمهم الله انهم قالوا كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تمييزا ويعدون ذلك طلاقا فنفي رسول الله عليه السلام ذلك بقوله لا طلاق قبل النكاح وحديث عبد الله بن عمر غير مشهور ولو ثبت فمعنى قوله ان نكحتها اي وطئتها لان النكاح حقيقة للوطئ وبهذا لا تحصل اضافة الطلاق الى الملك عندنا كذا في المبسوط قوله فصيح يمينا اي عندنا او ايقاعا عند الشافعي رحمه الله * وحاصل الخلاف ان المعلق بالشرط لا ينعقد سببا والتعليق تصرف في السبب باعدامه الى زمان وجود الشرط عندنا وعنده ينعقد سببا واثر التعليق في تأخير الحكم فكان ايقاعا ولكن لم يثبت حكمه في الحال قوله لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة وانما سمي الخلف يمينا لان الخالف يتقوى * * * * على

والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه (فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) لان الحالف ليس بهالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما (والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما) لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان صرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وماوراءها ملحق بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزبة تتعلق بالافعال الا انها الحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل

عبد اشترى به فهو حر * قال رضى الله تعالى عنه (ففى هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين) لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا فى كلمة كلما فانها تقتضى تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نصحت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار (قال

فان تزوجها بعد ذلك) اى بعد زوج آخر (وتكرر الشرط لم يقع شىء) لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط * وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقره

من بعد ان شاء الله تعالى (ولو دخلت على نفس الزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث

بكل امرأة وان كان بعد زوج آخر) لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك

غير محصور (قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لانه لم يوجد الشرط فبقى الجزاء باق لبقاء محله

فبقى اليمين (ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق) لانه وجد الشرط والمحل قابل

للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين * * * * *

على حمل نفسه على الفعل او منعها عنه حذرا من ان يلحقه لزوم الكفارة عند الحنث ولهذا سمي باليمين ايضا ذكر شرط وجزاء لوجود معنى الحمل او المنع فيه حذرا من ان يلزمه الجزاء وهو الطلاق او العتاق * فان قيل اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فهذا يمين وليس فيه معنى الحمل او المنع * قلنا العبرة للغالب الشائع ولا معتبر للافراد **قوله** والظهور باحد هذين اى كونه غالب الوجود فى الملك او فى الاضافة الى الملك **قوله** لان الشرط مشتق من العلامة فى الصحاح 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 الكردي رحمه الله لافرق بين كلمة كل وكلما كما بين حيث وحيثما 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 اصابها من كلمة كل حصنها 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 فانما دخلت على التزوج فيقتضى عموم التزوج ويلزم من عموم التزوج عموم النساء لان الفعل يفتقر الى العين ولا يلزمه من عموم النساء عموم التزوج فى كلمة كل لان العين لا يفتقر الى العرض * * * **قوله**

لما قلنا (وان وجد في غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شيء) لانعدام المحلية (فان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج الا ان نقيم 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 في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان * والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضربها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها (وكذلك لو قال ان كنت تمهين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدى حر فقالت احبه او قال ان كنت تمهينى فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبته) لما قلنا * * * * *

قوله لما قلنا اشارة الى قوله وبقاء اليمين به وبالشرط قوله كما في الدخول اى في دخول الدار والقياس ان لا يقع الطلاق عليها بقولها لانه تدعى شرط الحنث 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 تخبر كيلا يقع في الحرام اذ صيانة نفسها وزوجها عن الحرام واجبة ولما كانت الصيانة واجبة كان طريق الصيانة وهو اخبارها واجبا وهي المتعينة لاقامة هذا الواجب فيجب قبول قولها وهذا لانها مأمورة باظهار ما في رحمها لان الكتمان حرام ليخرج عن عهدة الواجب ولانها صارت امينة من امانة الشرع فيجب قبول قولها لقوله تعالى ولا يحمل لهن ان يكتمن ما خلف الله في ارحامهن وقد تعلق بالاطهار احكام شرعية فصارت مأمورة بالاطهار ضرورة فاذا صارت مأمورة بالاطهار يجب قبول قولها ليفيد الاطهار ومتى وجب قبول قولها وجب ترتب الاحكام عليها اذ هو المعنى بالقبول ولهذا قبل قولها في حق العدة اذا اخبرت بانقضائها بالحيض في مدة تنقض في مثلها حتى يبطل حقه في الرجعة وفي حق حرمة وطئها اذا اخبرت برؤية الدم وحل الوطئ * اذا اخبرت بانقطاع الدم وكان ينبغي ان يقع الطلاق عليهما لانا حكمنا بوجود الشرط بقولها وطلاق صاحبته جزاء وهذا شرط لطلاقها ولكننا ندع القياس ونوقع الطلاق عليها دون صاحبته بقولها حتى يعلم انها حاضت حقيقة لانا انما قبلنا قولها بطريق الضرورة ليخرج عن عهدة الواجب اولي وقع التفصيص عن الحرام ولا ضرورة في حق صاحبته والحكم بوقوع الطلاق في حقها لا يكون حكما بوجود الشرط في حق صاحبته لانها شاهدة في حقها بل متهمة فيجعل كان الطلاق وقع عليها لابقضية الشرط في حق صاحبته وغير ممنوع ان يقبل قول شخص في حق نفسه ولا يقبل في حق غيره كاعد 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 تمهينى الى قوله ولا تطلق صاحبته 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 التخبير 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 انها لو كانت كاذبة فيما قالت لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى في مسئلة الحيض واما في مسئلة الحجة فيقع لان حقيقة الحجة والبغض مما لا يوقف عليهما من قبل احد * * * * *

ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقى الحكم على الاصل وهي المحبة (واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام) لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا نمت ثلثة ايام حكمتنا 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 حيضها) لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر (واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصومه) لان اليوم اذا قرن بفعل يمتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت لانه لم يقدره بهيبار * * * * * وقد

لا من قبلها ولا من قبل غيرها لان القلب منقلب لا يستقر على شىء فما لم يوقف عليه يتعلق الحكم بدليله كالسفر مع المشقة والنوم مع الحدث فصار كل الشرط هو الاخبار عن المحبة وقد وجد فتبعه حكمه فاما الحيض فان له حقيقة واياما معلومة فيتعلق الحكم به فاذا اخبرت كاذبة لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في المبسوط لفخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه قوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال وهو ان يقال لما كان قبول قولها في حقها باعتبار الصدق فاذا اخبرت بمحبة العذاب ونحن نتيقن بكذبها في ذلك وجب ان لا يقبل قولها اصلا فيقال لم نتيقن بكذبها في ذلك فان الجاهل قد يختار العذاب على ما يبغضه فلعلها لشدة بغضها زوجها وجهلها بمقدار الم العذاب يختار ذلك فلم يكن كاذبة قطعاً قوله فاذا نمت ثلثة ايام حكمتنا بالطلاق من حين حاضت * وفائدة هذا تظهر فيما اذا كانت المرأة غير مدخولة بها فانها لما رأت وتزوجت بزواج آخر واستمر بها الدم ثلثة ايام كان النكاح صحيحاً لانقطاعها عن الزوج باول مرات لا الى عدة وتظهر ايضا فيما اذا قال ان حضت فعبدي حر والمسئلة بحالها كان العبد حراماً حين رأت الدم حتى كان الاكساب للعبد وتظهر ايضا في حق الجنابة منه وعليه قوله ولهذا حمل عليه اى على الحيضة الكاملة في حديث الاستبراء وهو قوله عليه السلام الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن بالحيض وكمال الحيض بانتهائه وذلك بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة او بالانقطاع والغسل او ما يقوم مقام الغسل اذا كانت ايامها دون العشرة * وانما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض او الطهر الذى 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 فالقول في ذلك قولها واما اذا قالت بعد تطاول الزمان حضت وطهرت وانا الان حائض بحیضة اخرى لا يقبل قولها ولا يقع الطلاق عليها لانها اخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال فوانها وانعدامها واذا قال لها ان حضت فانت طالق فمكثت خمسة ايام ثم قال قد حضت منذ خمسة ايام وانا الان حائض وقع عليها الطلاق ولو قالت حضت وطهرت لا يصدق اذا كذبها الزوج والمعنى فيه هو ان الله تعالى جعل المرأة امينة فيما يخبر فيه من الحيض او الطهر ضرورة الاحكام المتعلقة بها فما دامت الاحكام قائمة كان الايمان قائماً من جهة الشرع فتصدق واذا كانت الاحكام منقضية كان الايمان فائتاً فلا تصدق وهذا بخلاف المودع اذا قال رددت الوديعه او هلكت فانه يصدق ولا يشترط لتصديقه فيما اخبر به قيام الامانة لان المودع صار اميناً من جهة صاحب المال صريحاً وابتداء لالضرورة اقامة الاحكام فان صاحب المال ايمته مطلقاً اما المرأة انما صار امينة فيما يخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بها على ما ذكرنا

وقد وجد الصوم بركته 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 بالولد الاخير) لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقض عدتها بوضع الجارية ثم لانقض اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثنتان بالشك والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطاً والعدة منقضية بيقين لما بينا (وان قال لها ان كلمت

ابا عمر و ابا يوسف فانت طالق ثلثا فطلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمر ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى) وقال زفر رحمه الله 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 غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية * له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد * ولما ان صحه الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاصحاب 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 لمحله وهو الزمة (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها

ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه هي طالق بها بقي من الطلقات) وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه * واصله ان الزوج الثاني يهدم مادون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم مادون الثلث فتعود اليه بما بقي وسنين من بعد ان شاء الله تعالى

قوله وقد وجد الصوم بركته 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 شيء وان علما ان الجارية اول طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وان قال لا اندري طلقت واحدة قضاء وفي التنزه ثنتان وان ولدت غلاما وجاريتين في بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين اولا فهي طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادتها الغلام وان ولدت الغلام اولا طلقت واحدة بولادتها الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الاولى وقد انقضت عدتها بولادة الاخرى وان ولدت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية والثالثة بولادة الغلام قد انقضت عدتها بولادة الاخرى كذا في المبسوط 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 الحنث الا ترى انه لو نظر الى جوالق فقال ان كان مافيه حنطة فامرأتى طالق وان كان ما فيه دقيقا فعبدى هر فاذا فيه دقيق وحنطة لم تطلق ولم يعتق ولو قال ان كان ما في بطنك لزمه لوجود الشرطين والمراد بالتنزه التباعد عن مظان الحرمة قوله اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع في غير الملك فكذلك ههنا قوله الا ان الملك يشترط حالة التعليق جواب سؤال وهو ان يقال لما كان محل اليمين الزمة ينبغي ان لا يشترط الملك وقت التعليق فاجاب بذلك قوله وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك كما

(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 تعالى عليه يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلقا لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين * ولنا ان الجزاء طلاقات 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 يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله (ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان وليت ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجته 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 للدخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولى لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذا الوطى لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مرجعا باللباث عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم اولى صارا مرجعا بالاجماع لوجود الجماع والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ووجد الشرط فانها تطلق بالاجماع وهي مسألة الهدم فيما دون الثلث وثمره الخلاق تظهر فيما اذا علق الواحدة بدخول الدار ثم ينجز طلقتين وتزوجت بزواج آخر فعادت الى الاول ودخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله لعدم الهدم وعندهما لا يثبت لتحقق الهدم قوله وقد بقي احتمال وقوعها اى بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزواج آخر قوله ولنا ان الجزاء طلاقات هذا الملك الطريق المعتمد فيه ان يقول بوقوع الثلث عليها خرجت من ان يكون محلا للطلاق لان الطلاق مشروع لرفع الحمل وقد ارتفع الحمل 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 الطلاقات 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 تقيد الجزاء بذلك الملك لما عتق في المسئلة الاولى ولما وقع الظهار ولما طلقت ثلثا هنا بل وقعت واحدة * قلنا العبد بصفة الرق محل للعتق والبيع لم يفت تلك الصفة حتى لو فانت بالعتق لم يبق اليمين واما الثاني فان محمية الظهار لا ينعدم بالطلقات الثلث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة الى وجود الكفارة وهذه حرمة الى وجود ما يرفعها وهو الزوج الثاني واما اذا طلقها ثنتين فالمحل باق اذا المحلية باعتبار صفة الحمل وهي قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين وقد استفاد من جنس ما انعقد عليه اليمين فسرى اليه حكم اليمين تبعاً وان لم ينعقد اليمين عليه قصدا قوله في الفصل الاول اى فيما اذا لبث بعد الايلاج ولم يخرج له لوجود الاستمتاع في غير الملك قوله لوجود الجماع بالدوام عليه لان الجماع عبارة عن الاجتماع وهو ثابت بالدوام عليه والله تعالى اعلم بالصواب

فصل * * * * *

فصل في الاستثناء

(واذا قال الرجل لامرأته انت 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 اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول) فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول * قال رضى الله تعالى عنه (وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى) لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلافه 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

فصل في الاستثناء

قوله واذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى لم يقع اختلفوا في هذا الكلام شرط او ابطال * قال ابو يوسف رحمه الله شرط * وقال محمد رحمه الله ابطال لان الشرط اعدام السبب الى زمان وجود الشرط وهذا اعدام اصلا فلا يكون شرطا * فابو يوسف رحمه الله اعتبر اللفظ ومحمد رحمه الله اعتبر المعنى * وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جمع بين يمينين فقال 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 رحمه الله يعود اليهما لان الاولى ان كانت كاملة من حيث التعليق ناقصة من حيث اتصال الابطال بها فانصرف الابطال اليهما بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق وان كلمت فلانا فعبدى حر ان جاء فلان حيث ينصرف الى الاخيرة بالانقاع ولو قال انت طالق وعبدى حر ان شاء الله انصرف اليهما بلا خلاف لانه ان اعتبر شرطا كما قال ابو يوسف رحمه الله انصرف اليهما واذا اعتبر رفعا وابطالا كما قاله محمد رحمه الله فكذلك * وتظهر ثمرة الخلاف ايضا فيما اذا قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدى حر ثم قال لها انت طالق ان شاء الله يحنث عند ابي يوسف رحمه الله لانه يمين * وقال محمد رحمه الله لا يكون يميننا ولا يحنث * وذكر في شرح الطحاوى ان قوله ان شاء الله تعالى كما يبطل الكلام الذى قبله كذلك لو قال ان لم يشاء الله تعالى او قال ماشاء الله تعالى وكذا اذا علق بمشية من لا يظهر مشيته لنا كما اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى او الجن او هذا الخاط * قوله فيكون الاستثناء اى على قول محمد رحمه الله تعالى عليه قوله او ذكر الشرط اى على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه على اختلاف التخريجين والحكم واحد في قوله انت طالق ان شاء الله تعالى قوله والموت ينافي الموجب دون المبطل لان الموجب يقتضى المحل والموت يبطل المحل فينافيه والمبطل بلايم الموت في ابطال الموجب فلا ينافي الموت المبطل قوله بخلاف ما اذا مات الزوج اى بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق وانها يعلم ذلك فيما اذا قال قبل الايقاع انى اطلق امرأتى واستثنى * وذكر في المحيط فعلى قياس مسألة النوازل قالوا ان من حلف واراد ان يقول فى آخره ان شاء الله فسن انسان فمه انه يكون استثناء * تأويله اذا ذكر الاستثناء بعد رفع اليد عن فمه متصلا به * وقد وجدنا فى نوادر هشام انه قال سألت محمدا عن قال 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

والاصل ان الاستثناء نكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل على درهم وبين قوله عشرة الانسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده (ولا يصح استثناء الكل من الكل) لانه لا يبقى بعده شىء يصير متكلما 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 الاثلاثا يقع الثالث) لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب

قوله والاصح ان الاستثناء نكلم بالحاصل بعد الثنيا اى تكلم بما بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء قوله هو الصحيح هذا احتراز عن قول بعضهم ان الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى 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 للفراء فانه يقول لا يصح استثناء الاكثر لانه لم يتكلم به العرب فلم يصح عنده قوله انت طالق ثلثا الاثنتين لانه استثناء الاكثر * وروى عن ابى يوسف رحمه الله ايضا انه لا يصح هذا الاستثناء لان الاستثناء بيان فان من قال جاء القوم الافلانا كان بيانا للجائين 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 نكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا فرق فى هذا بين القليل والكثير بل شرط صحته ان يبقى وراء المستثنى شىء ليصير متكلما به واذا قال انت طالق ثلثا الأنصف تطليقة * قيل على قول ابى يوسف رحمة الله تعالى عليه تطلق ثنتين لان التطليقة كما لا تجزى فى الابحاح لا تجزى فى الاستثناء فصار كانه قال الا واحدة * وعند محمد رحمة الله تعالى عليه نطلق ثلثا لانه لما استثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثا قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى شىء يصير متكلما به فبقى كلامه الاول كما كان فيقع الثالث وظن 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 تحمل الرجوع فدل ان الطريق ما قلنا ولو قال انت طالق ثلثا الواحدة وواحدة عند ابى حنيفة رحمه الله تطلق ثلثا لانه عطى بعض الكامات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنى للكل فكانه قال الا ثلثا * وهو الظاهر من قول ابى يوسف رحمه الله * وروى عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر رحمه الله لانه لما قال الا واحدة وواحدة كان مستثنى للثنتين فكان صحيحا وانما بطل استثناء الثالثة فقط كذلك فى المبسوط * وذكر فى زيادات المصنف رحمه الله ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظاى 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 الف وثلث ماله الف صح الاستثناء * وذكر فى المحيط والذخيرة وذكر القدورى فى شرحه اذا وقع اكثر من ثلث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام لامن جملة الثلث التى تحكم بوقوعها * وروى عن محمد رحمه الله فى النوادر نسائى طوالت الافلانة وفلانة وفلانة وليس له من النسوة سواهن صح الاستثناء * وفى البقالى اذا قال كل امرأة لى طالق الا هذه وليس له غيرها لم تطلق والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب — طلاق المريض

(اذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي رحمه الله لانث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت * ولئان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزواج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضى به (وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختارى فاخترت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه) لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها (وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته) لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسوءها راضية ببطلان حقها (وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها اقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا) الاعلى قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما اوصى وما اقر به لان الميراث لما بطل بسوءها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانهدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها وتزوج اختها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة * * * * *

باب — طلاق المريض

قوله اذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا قيد بالبائن لان في الطلاق الرجعي اذا مات الزوج وهي في العدة ترث ايضا لكن لا باعتبار الفرار بل باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه وبمرض الموت لانه اذا طلقها بائنا في صحتها او في مرضه ثم صح ثم مات لا ترث وبغير الرضاء لانه اذا كانت برضاءها لا ترث وبالموت في العدة لانه اذا مات بعد انقضاء العدة لا ترث * وقال ابن ليلى ترث منه وان مات بعد انقضاء العدة وقال مالك رحمه الله ترث وان مات بعد ما تزوجت بزواج آخر * وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في العدة وبعدها وهو القياس * لنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم بتوريث امرأة الفار وقد صح ان عثمان ورث تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه * فان قيل لا اجماع فقد قال ابن الزبير في حديث تماضر لو كان الامر الى ما ورثتها * قلنا معنى قول ابن الزبير ما ورثتها لمجهلي بوجه الاستحسان فتبين انه كان يخفى عليه ما يخفى على عثمان رضى الله تعالى عنه * وفي بعض الروايات انها سألته الطلاق فمعنى قوله ما ورثتها لانها سألت الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضى الله عنه اياها بعد سؤال الطلاق دليل على انه كان يورثها قبله * وقد قيل هي سألته الطلاق ولكن قال لها اذا طهرت فاذنني فكما طهرت اذنته وبهذا لا يسقط ميراثها قوله وقد امكن اي تأخير عمله الى زمان انقضاء العدة قوله لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار اي في حق النفقة والسكنى والمنع عن الخروج والتزوج فيبقى في حق الارث بخلاف ما بعد انقضاء العدة لانه لا امكان لان الارث يعتمد النكاح من كل وجه او من وجه وبعد الانقضاء لم يوجد احدهما قوله والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها بل بسبب لارثه عنها لانها صحيحة قوله خصوصا اذا رضى به * اي

والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى * ولا بج حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتراضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة لبيبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولاتهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعه عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام (قال رضى الله عنه ومن كان محصورا او في صف القتال

وطلق امرأته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل) واصله ما بينا ان امرأة الفار تترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بجوائجه كما يعناده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور الذي 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

اي فيما اذا لم يرض الزوج ببطلان حقه وماتت وهي في العدة بان مكنت ابن زوجها لا تترث فقيما اذا رضى به وهو ما نحن فيه اولى ان لا تترث **قوله** والحكم يدار على دليل التهمة لان التهمة امر مبطن لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو قيام العدة فوجب تحقيق حكم التهمة عندها **قوله** ولهذا يدارى ولان الحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية تدار على التهمة يدار هذا الحكم على النكاح والقرابة اى لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته ولا لقريبه **قوله** ولا تهمة في قدر الميراث قال بكر رحمه الله ما تأخذه تأخذ بطريق الميراث لا بطريق الدين اذ لو كان بطريق الدين لكان التوى على المورثة مادام شىء من التركة قائما وكذا لو طلبت ان تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان لها ذلك ولو ارادت ان تأخذ من عين التركة ولا يعطيها الورثة ليس لها ذلك وتعامل فيه بناء على زعمها لان في زعمها ان ما تأخذه تأخذ بطريق الدين * فالحاصل ان الشرع رجح جانب الورثة ان اختاروا ان يعطوها من عين التركة لهم ذلك وان اختاروا ان يعطوها من غير التركة لهم ذلك كذا ذكره الامام التمر ناشى رحمة الله تعالى عليه **قوله** ولا مواضعه عادة في حق الزكوة والتزوج جواب سوءال وهو ان يقال هذه التهمة غير معتبرة في الشرع الا ترى انه تقبل شهادته لها ويحل وضع الزكوة فيها ولها ان تنزوج في الحال ولو اعتبرت التهمة شرعا لاعتبرت في حق التزوج اذ الحل والحرمه يؤخذ فيهما بالاحتياط * قلنا هذه المراضعة تكون في حق الارث لافي حق هذه الاحكام عادة فاعتبرت هنا ولم تعتبر ثمه **قوله** وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بجوائجه كما يعناده الاصحاء * ثم المرض المعتبر ان يكون بحال يخشى عليه التلف لانه حينئذ يتعلق حقها بماله فالابانة في هذه الحالة ابطال حقها * وقيل ان لا يقوم الابشدة * وقيل ان لا يقوم الا ان يقيمه 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 الحلا والتوضى بنفسه كالصحيح * * * * *

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)

عند البخاريين * وقال البخاريون اذا عجز عن القيام بمواجبه خارج البيت فمريض * وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان يخرج الى الصلوة فصحيح والمرأة لا تخرج فان عجزت عن حوائجها في البيت كعود السطح ونحوه فمريضة والا فلا * والمقعد والمفلوج والمسلول كالصحيح لانه قد يعيش منه كثيرا * قال ابن سلمة الا ان لا يرجى برؤه بالتداوى * وقال الهندواني الا ان يكون مرضه يزيد ابدان فان كان يزداد وينقص ان مات بعد ذلك بسنة فكالصحيح وان مات قبل سنة فمريض * وذكر الناطقي تصرفات المسلول كسائر المرضى الا ان يتناول * وفسر اصحابنا تناول بالسنة فاذا بقى على هذه العلة سنة فتصرفه بعد سنة كتصرفه حال صحته وذكر الحلواني عن محمد رحمه الله اذا دام المريض على حاله سنة فحكمه حكم الصحيح * واختلف في تفسير الطلاق قبل الوجع الذي لا يسكن حتى تموت او تلد * وقيل ان سكن لان الوجع يسكن تارة ويهيج اخرى والاول اوجه * وحد المرض الذي يبيح 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 قوله 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 راكب السفينة او النازل في المسبحة طلق امرأته لا يكون فارا واما اذا انكسرت السفينة او تلاطمت الامواج واشدت 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 ابان رحمه الله تعالى لا ارث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر دل انه ليس بمرض الموت فلم يتعلق حقها بماله يومئذ فصار كما لو طلقها في صحته * قلنا الموت اتصل بمرضه حيث لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان ولم يتبين به ان مرضه لم يكن مرض الموت امة تحت هر عتقت ووهب لها مال فاختارت نفسها وهي مريضة ثم ماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لا تكون طلاقا وكذلك صغيرة زوجها اخوها فبلغت ووطئها زوجها فاختارت نفسها في مرضها فماتت في العدة ورث زوجها لان الفرقة منها حتى لم تكن طلاقا وكذا لو ارتدت 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 فتاب القاضى منابه في التسريح 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) وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمعنى 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 وهوما اذا كان التعليق بمعنى 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 بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث * وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمعجز فكان ايقاعا في المرض * ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه * واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد اولاد له منه يصير فار الوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الفى بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها * واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك * * * * *

قوله الا في قوله اذا دخلت الدار اى الا في فصل واحد وهوما 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 بفعله وقصده ولان التعليق في الصحة انقلب تطليقا في المرض والتعليق لم يكن ظلما فلا ينقلب ظلما لان الاعتبار حالة التعليق الا ترى ان من علق وهو مفيق ثم وجد الشرط بعد ما جن تطلق وان لم يكن المجنون من اهل التطليق علم ان الاعتبار 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 مما له منه بد اولاد له منه * فان قيل ينبغى ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذى لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له 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 المتلف مختارا وبين كونه مضطرا الا ترى ان من اتلف مال الغير نأما او مخطئا او اصابته محصمة فاكل مال الغير لاستبقاء مهجته فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان بقاء عصمته للغير يكفى لاجباب الضمان او نقول لاتسقط عن فعله صفة العدوان بالنظر الى عصمة المحل ولهذا يضمن فكذا 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 تضمين الخالف 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 مسألة 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 للخالف وهو مضطر الى اكتساب هذا وفعل الشرط بطريق الاضطرار لا يبدل على رضاه بالمشروط ولا كذلك في مسئلتنا فكانت راضية بالمشروط

في الدنيا او في العقبى ولا رضاً مع الاضرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لاميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق هقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كأنها آله كما في الاكراه (قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة * ولكننا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لاحق لها يتعلق بما له فلا يصير الزوج فارا (ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لاثرت وان لم ترتد بل طاعت ابن زوجها في الجماع ورثت) ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالطواعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لاتنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاعت في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية يبطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لانثابت الحرمة بالمطوعة لتقدمها عليها فافترقا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولا عن في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لاثرت وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا) وهذا لاحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه (ذهى ماجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه * * * * *)

قوله في الدنيا راجع الى اكل الطعام قوله وفي العقبى راجع الى صلوة الظهر قوله —
 كأنها آله له كما في الاكراه لان حد المكره ان يكون مضطرا بين شرين والمرأة كذلك لانها لو باشرت الشرط تتضرر بوقوع الطلاق وان امتنعت تعاقب في دار الآخرة وهذا الاضرار جاء من الزوج فكانت مكروهة فيضاني فعلها اليه كمن اكره انسانا على اتلاف ماله وهذا لان الاكراه كما يقع بخوف تلقى عاجل فكذلك يقع بالتفسيق الاثرى ان فعل القاضى في باب القضاء بالشهادة منقول الى الشاهد حتى يكون الضمان عليهم اذا رجعوا لان القاضى يصير ماجئا اليه بشهادتهم لانه يفسد لو لم يقض بها * فان قيل الضرورة التي توجب نقل الفعل اليه ضرورة حاملة وهذه ضرورة مانعة لان غرضه المنع من تحصيل شرط الطلاق * قلنا لما ثبتت الضرورة ثبتت به شبهة الفعل وذا كفى لهذا الحكم لثبوته بشبهة العدوان قوله لان المحرمية لاتنافي الارث وهو الباقي اي 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 لاحق فصار كما لو طاعت ابن زوجها قبل الطلاق وكالمسئلة الاولى * قلنا الردة تنافي نفس الحق وهو الارث لان المرتد لا يرث احدا فلم يتصور بقاء النكاح بدون الاهل فاما المحرمية فانما يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها ولم يوجد لان النكاح قد بطل بالثلث وانما بقى 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 رضاها يبطلان السبب قوله — ومن قذف امرأته وهو صحيح ثم لا عن الى قوله وهذا لاحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه ووجهه ان سبب الفرقة قذفه اياها ولكن بشرط اللعان فان القاضى يلعن بينهما باعتبار القذف ويفرق بينهما وانما يلعن * * * * *)

(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 خال عن الوقوع فيكون ماحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه (قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه) لما بينا انه لايزيل النكاح حتى يحل الوطى فكان السبب قائما (قال وكل ما ذكرنا انها ترث انها ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه) والله تعالى اعلم بالصواب

باب الرجعة

(واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك اولم ترض) لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف 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

بينهما بطلب المرأة فصار القذف بمنزلة السبب المعلق بشرط يوجد منها وهو مما لا بد لها منه فانها لا تجر بدا من الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلم تصر بذلك راضية بسقوط حقها * وعند محمد رحمه الله تعالى لم يثبت حكم الفرار لان الطلاق انما يقع بلغائها لانه آخر اللعانين فكان آخر المدارين * فان قيل الفرقه انما تقع بقضاء القاضي عدتنا فكان القضاء آخر المدارين * قلنا اللعان شهادة عدتنا على ما يأتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء قوله وان آلى وهو صحيح الى قوله فيكون ماحقا بالتعليق بمجيء الوقت * فان قيل الايلاء ليس نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت وان كان الايلاء في الصحة لانه متمكن من ابطال الايلاء بالنفي فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه انشاء الايلاء في المرض وهناك يرث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكيلا في صحته بالطلاق فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه كان متمكنا من العزل فاذا لم يعزل جعل كأنه انشاء كذلك ههنا * قلنا الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه لم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة كذا ذكره الامام فاضحان رحمه الله والله تعالى اعلم بالصواب

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 اولم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف يعني قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن يعني اذا قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن من غير فصل بين الرضا وعدمه اي لم يشترط رضا 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 وبهولتهن احق بردهن وحقيقة الرد لانكون الابد الزوال * قلنا لما دل الدليل على بقاء الملك حمل الرد على الحالة الاولى حتى لا تبين بانقضاء على العدة لا الاعادة بعد الزوال والدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعي انه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعي 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 اوراجعت امرأتى) وهذا صريح في الرجعة ولاخلاف فيه بين الائمة (قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشوة) وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى عليه لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطئها * وعندنا هو استدامة على ما بيناه وسنقره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحمل 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 صححت الرجعة) وقال الشافعى رحمه الله في احد قوله لاتصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم والامر لليجاب * ولنا اطلاق النصوص من قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفى في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجرى التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب * * * * *

قوله والرجعة ان يقول راجعتك اى عند الحضرة او رجعت امرأتى اى فى الحضرة والغيبه ومن الفاظ الرجعة راجعتك اى رد دنك وامسكتك وقوله انت عندى كما كنت او انت امرأتى ان نوى الرجعة قوله او ينظر الى فرجها بشهوة المراد الفرج الداخل قوله وقال الشافعى رحمه الله تعالى عليه لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه بان لم يكن اخرس او معتقل اللسان وهذانبا على ان الرجعة عنده استباحة الوطى ورفع الخلل الواقع فى الملك فلا يكون بالفعل كاصل النكاح والوطى قبل الرجعة حرام فلا يكون سببا للحل كما هو اصله * وعندنا الرجعة استدامة الملك والفعل المختص بالملك يدل على استدامة الملك كقول وهو نظير الفى فى الايلاء فانه منع للمزىل من ان يعمل بعد انقضاء المدة وذا يحصل بالجماع وكذا اذا باع امته على انه بالخيار ثم وطئها صار مستبقيا للملك بالوطى كذا هنا لان الخيار ثبت شرعا ليتدارك ما فرط منه ويتلافى ما فات عنه ثم يثبت فعلا قوله والدلالة فعل يختص بالنكاح اى يجب ان يكون دلالة الاستدامة التى هى الرجعة فعلا مختصا بالنكاح وهذه الافاعيل وهى الوطى والتقبيل واللمس بشهوة مختصة بالنكاح * قيل لانسلم ان هذه الافاعيل مختصة بالنكاح لانها توجد فى الامة المملوكة ايضا * قلنا ان الملك هو المقصود فى الامة وهذه الافعال تابعة فى حق المملوكة والتابع معدوم حكما قوله خصوصا فى الحرة يعنى هذه الافاعيل فى حق الحرة لا يكون بدون النكاح فاما فى حق الامة يكون بالنكاح وبدونه ايضا كالشراء وغيره قوله وغيرهما كالحاننة وكالشاهد على الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صححت الرجعة * وقال الشافعى رحمه الله فى احد قوله لاتصح وهو قول مالك رحمه الله * وهذا عجب من مالك رحمه الله فانه لايجعل الاشهاد فى النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا كذا فى المبسوط قوله ولنا اطلاق النصوص فامسكوهن بمعروف وبعولتهن احق بردهن من غير شرط الاشهاد فاشترطه فيها زيادة على النص وهى نسخ فلايجوز الابدليل يصاح له وما تلاه لا يصح له لان المراد به التنبى بدلالة الاجماع فانه جمع بينهما وبين * * * * *

(ويستحب ان يعلمها) كبلا تقع في المعصية (واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبت فالحق قولها) لانه اخبر عما لا يملك انشاء في الحال فكان منهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهو مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقدم في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رحمه الله * وقالوا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية طاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولا ي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة 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 فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به (واذا قال زوج الامة بهي انقضت عدتها قد كنت راجعتها وصدقته المولى

وكذبت الامة فالحق قولها) عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا القول قول المولى لان بعضها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار 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 ابطاله 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 لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمض عليها وقت صاوة كامل) لان الحيض لا يزيد 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 يتوقع في حقها اماره زائدة فاكتفى بالانقطاع * * * * * وينقطع

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 **قوله** ويستحب ان يعلمها كبلا تقع في المعصية فانها ربما تزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويجماعها الزوج الثاني فيكون هي عاصية وزجها 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 ونصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير كذا في المحيط **قوله** فقالت مجيبة اى على الفور متصله بقول الزوج **قوله** اذ هي باقية اى العدة باقية الى ان تخبر وقد سبقت 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 سكتت ساعة ثم اخبرت ولانها صارت متهمة في الاخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها كما لو قال الموكل للوكيل عزلتك فقال الوكيل كنت بعث حيث لا يصدق الوكيل لكونه متهما ولكونه غير قادر على الانشاء فهذا كذلك * ولا ي حنيفة رحمه الله ان هذه رجعة صادفت حال انقضاء العدة او بعدها فلا يصح وهذا لانها امينة في الاخبار عن امر يحتمل لموازان يثبت الانقضاء ساعتئذ فلا يقدر ان يخبر قبل ذلك لانه انما يمكنها ان تخبر بعد الانقضاء ومتى قبل قولها عرف ذلك ضرورة ان الانقضاء سابق على كلامها لان صحة * * * * *

(وينقطع اذا تيممت وصلت) عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاعتسال فكان بمنزلته * ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لانيما قبلها من الاوقات * * * *

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 * قلنا 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 متهمه 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 * لاننا نقول ان انقضاء العدة لأبد من ان يوافق حالة فتارة يوافق اكلها وتارة يوافق نومها وتارة قول الزوج راجعتك وانما يصير متهمه اذا 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 لامع العزل ومسئلة الطلاق على الخلاق لا يقع الطلاق عند ابي حنيفة رحمه الله 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 المبسوط قوله وينقطع اذا تيممت وصلت مكتوبة او تطوعا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان * وقال محمد رحمه الله 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 لمعة تنقطع الرجعة عنها احتياطا وان لم يحل لها اداء الصلوة فههنا اولى وكذلك لو اغتسلت بسور الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطا وان لم يحل لها اداء الصلوة فههنا اولى ان تنقطع الرجعة وقد حل لها اداء الصلوة * ولهما انه طهارة ضرورية لانه تلويث حقيقة وهذا لانه لا يرفع الحدث بيقين حتى لو وجد التيمم الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل لها طهارة حكما ضرورة الحاجة الى اداء الصلوة لانها مخاطبة بادائها ولا تقدر على ادائها الا بالطهارة فامرها الشرع بالتيمم لئلا تتضاعف عليها الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فكان طهارة في حكم الصلوة وفيما هو من توابعها كدخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن والضرورة في حكم الرجعة فكان التيمم في حقها عند عدم الماء كالتيمم عند وجوده ولكنه اذا فرغ من الصلوة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم بصحة الصلوة وصحة الصلوة تثبت مطلقا لا ضرورة فطهرت 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 مترقب 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 لفق شرطه فلا يكون الحكم باباحة الصلوة ثابتة قبله ولهذا تستقبل الصلوة اذا وجدت الماء في خلالها وهذا بخلاف ما اذا بقى على بدنها لمعة لان قطع الرجعة هناك * * * * لتوهم

والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية * ثم قيل ينقطع بنفس الشروع عندهما * وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة (واذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنهما لم يصبه الماء فان كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة) وان كان اقل من عضو انقطعت * قال رضى الله تعالى عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر * والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيمض لا يتجزى * ووجه الاستحسان وهو الفرق ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه * فقلنا تنقطع الرجعة ولا يحمل لها التزوج اخذاً بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا * وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمه الله تعالى عليه هو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته

اختلافاً بخلاف غيره من الاعضاء (ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة) لان الحمل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراس وذلك دليل الوطى وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطناً واذا ثبت الوطى تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت بهذا الوطى الاحصان فلان تبثت بها الرجعة اولى * وتأويل مسألة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقض العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة * * * * * فان خلا

لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكان طهارة قوية في نفسها والاعتسال بسوء الحمار كذلك فانه طهارة قوية لكونها اغتسالا بالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم الى ذلك في حكم حل الصلوة احتياطاً لاشتباه 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 وابي يوسف رحمهما الله 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 لو رأت الماء بقيت الصلوة مجزية فيتوقف الانقطاع على الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلوة * وههنا نكتة معروفة وهي ان التيمم عند محمد رحمه الله 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 الاعتسال 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 * فالحاصل ان محمداً رحمه الله اخذ بالاحتياط في الموضعين جميعاً وهما جعلها في حق الصلوة طهارة مطلقة اذ لا آية وردت في الصلوة وشرع التيمم للتمكن من الصلوة وفي حق غيرها عملاً بحقيقة التلوين وهو ضد التطهير فكان طهارة ضرورية قوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية وهي 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 بالاعتسال فكان بمنزلة قوله وان كان اقل من عضو نحو الاصبع مثلاً كذا في المحيط قوله فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت منها قصداً لا تنقطع الرجعة كذا في المحيط قوله وعنه وهو قول محمد رحمه الله وهو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافاً فان عند الشافعي رحمه الله المضمضة والاستنشاق سنتان في الوضوء والجنابة وفي المحيط فان كان الباقي احد المتخيرين فالرجعة باقية بالاتفاق قوله ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت * * * * *

(فان خلاها واغلق بابا اوارخى ستر اوقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة) لان تأكد الملك بالوطى
وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصير مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتنى
على تسليم المبدل لاعلى القبض بخلاف الفصل الاول (فان راجعها) معناه بعد ما خلاها (وقال لم اجامعها
ثم جاءت بولد لاقبل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء
العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني
يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطى قبل فيحرم الوطى والمسلم لا يفعل الحرام (فان قال لها اذا
ولدت فانت طالق فولدت ثم انت 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 الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وان
قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني
رجعة وكذا الثالث) لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا
انه جعل العلوق بوطى حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة
بكلمة كلما ووجبت العدة * * * * *

منه وقال لم اجامعها فله الرجعة الى قوله وبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه ثبت بهذا الوطى
الاحصان اى في حق الرجم مع انه يندرى بالشبهات * فان قيل وجب ان لا يكون له حق الرجعة لان
الرجعة حق مستحق له وقد انكر ثبوتها له اقصى ما في الباب انه صار مكذبا شرعا حكما لثبات النسب
منه لكن لا يلازم 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 يتعلف باقراره هنا حق الغير والموجب لحق الرجعة ثابت وهو الطلاق بعد الدخول فوجب ان يكون له
حق الرجعة بخلاف الاقرار فانه تعلق به حق الغرما وان صار المقر مكذبا شرعا * فان قيل لم اجامعها صريح
في عدم الجماع ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحا في وجود الجماع والصريح اذا اجتمع مع غير الصريح
فالصريح اولى * قلنا الدلالة من الشارع اقوى من التصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب عن العبد
وعدم احتماله من الشارع قوله فان خلاها واغلق بابا اوارخى ستر في الفوائد الظهيرية ذكر
ههنا اى في الجامع الصغير اغلق بابا وارخى ستر بالواو وفي كتاب الطلاق قال اوارخى ستر باو وهو
الصحيح قوله فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني 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 الثاني من
علوق حادث ضرورة لان الولد لا يبقى في البطن لاكثر من سنتين فيكون من زوجها اذ لا يظن بها
ارتكاب الزنا فكان رجعة ضرورة واما اذا ولدت لاقبل من سنتين فلان العلوق حادث والحادث يضاف
الى اقرب الزمان اذا امكن وقد امكن اذا تحلل بين الولادتين ستة اشهر فصاعدا وذكر في كتاب
الدعوى ان المطالبة طلاقا رجعيا اذا ولدت لاقبل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وان ولدت لاكثر من
سنتين يكون رجعة لانها اذا ولدت لاقبل من سنتين احتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل
العلوق قبل الطلاق فلم يكن رجعة فلا تثبت الرجعة بالشك اما هنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال

وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ونفع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق (والمطلقة الرجعية تتشوق وتنزبن) لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والنزبن له حامل عليها فيكون مشروعا (ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه) معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة 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 رحمه الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا * ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الا بية 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 فنبتل العدة ويتقرر ملك الزوج * وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطى) وقال الشافعي رحمه الله 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

لانها ولدت ولدين فلولم يجعل الولد الثاني من علوق حادث لصار مع الولد الاول بطننا واحدا والاتحاد لا يثبت بالشك اذا كان بين الولدين ستة اشهر فصاعدا فصار الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعة قوله وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وهو انه يجعل العلوق بوطن حادث في العدة * فان قيل بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعلهما على الحرام لان الوطى في النفاس حرام * قلنا لا يلتفت الى هذا رعاية للنسب لان النسب مما يحتاط في اثباته والنفاس قد يوجد وقد لا يوجد وقد يقل وقد يكثر فلا يفتن بارتكاب الحرام ولو ولدت ثلثة اولاد في بطن واحد والمسئلة بحالها 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 الثاني وهي معتدة يقع آخر واذا ولدت الولد الثالث تنقض العدة بوضع الحمل لانه لا ولد في البطن والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة قوله لا تخرجوهن الا بية نزلت في المعتدات من الطلاق الرجعي بدليل سياقها يا ايها النبي اذا طلقت النساء ثم قال لا تخرجوهن وصريح الطلاق رجعي * فان قيل الرجعة تصح بدلالة فعل يختص بالنكاح فلم لا يكون اخراجها للمسافرة رجعة بل هو دليل الرجعة لان الظاهر من حال المسلم ان لا يرتكب المنهى عنه واخراجها من بيتها بدون الرجعة منهى عنه * قلنا المسافرة لا تكون اعلى من السكنون معها في منزل واحد وذا لا يكون دليل الرجعة نعم الظاهر من حال المسلم الاجتناب عن المحرم لكن اذا كان ذلك ظاهرا لا يخفى عليه والنهي عن الاخراج في العدة 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 لوجب العدة بالاقراء بعد ذلك لان العدة لا يجب الاقضاء لحق نكاح انقطع فلو جوزنا المسافرة معها تبين بعد الانقضاء ان الطلاق كان عاملا زمان الوقوع وكان المسافرة مع الاجنبية فكان حال انقطاعه لاحال بقاءه كما زعم زفر رحمه الله تعالى عليه قوله والطلاق الرجعي لا يحرم

يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لانشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع آخر عمله الى مدة اجماعا
اونظرا له على ماتقدم والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فيما تحل به المطلقة

(واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها) لان حل المحلية باق لان
زواله معلق بالطفقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه
(وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة 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 الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف
ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا * * * * *

لا يحرم الوطء حتى لو وطئها لا يغرم العقر * وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه يحرمه حتى يغرم العقر
قوله يوجب استبداده به يعني ثبوت حق الرجعة للزوج بعد الطلاق لتمكنه التدارك عند الندم
يوجب استبداد الزوج بذلك التدارك واستبداد الزوج بذلك الحق يشعر بكون ذلك الحق استدامة
للنكاح الاول لانشاء للنكاح الجديد اذ الدليل ينافي انشاء النكاح منها دون رضاها لان القياس يأبى جواز
نكاح الحرة وان كان برضاها الا انه ثبت بالنص فعند عدم الرضا بقي على اصل القياس والقاطع تأخر
عمله اجماعا بدليل انه يملك عليها الايلاء والظهار ويجرى الميراث بينهما ولهذا سمي الله تعالى الزوج
بعلا والبعل هو الزوج والزوجية تثبت الحل قال الله تعالى الاعلى ازواجهم قوله والقاطع آخر عمله
الى مدة اجماعا جواب عن قول الخصم وهو قوله الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق نقول نعم وجد
القاطع ولكن آخر عمل القاطع الى انقضاء العدة اجماعا فان عند الشافعي رحمه الله تثبت الرجعة بالقول
بدون رضا المرأة كما هو قولنا وملك الرجعة عليها من غير رضاها يدل على ان النكاح قائم اذ لو زال
لكانت الرجعة اثبانا للملك عليها ابتداء واحد لا يملك ابتداء النكاح على الاجنبية الا برضاها وكذا من
غير مهر ومن غير ولي عنده وكذا بغير شهود قوله اونظرا له اى للزوج على اعتبار الخلاف
قوله على ماتقدم وهو قوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج والله تعالى اعلم بالصواب

فصل فيما تحل به المطلقة

قوله لان حل المحلية باق المعنى من حل المحلية كونها انش 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 تعزموا 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 الاثمة 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 لتوليه تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب فيكون منصفا للنعمة اذ لو لا ذلك لكانت النعمة قتمت الجناية وغلظت فكملت عقوبتها قوله

والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطى
 هملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد بالطلاق اسم الزوج او يزداد على النص بالحديث
 المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر روى بروايات * ولا خلاف لاحد
 فيه سوى سعيد بن المسيب رضى الله عنه * وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضى لا ينفذ والشرط
 الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد (والصبي المراهق في التحليل كالبالغ) لوجود
 الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص * ومالك رحمه الله 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 آلتها ويشتهى وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة
 الى الايلاج في حقها اما لاغسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا (قال ووطى المولى امته 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 رحمه الله انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول
 لفساده * وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها للاول لانه استعمل ما اخره الشرع فيجازى بمنع
 مقصوده كما في قتل المورث * * * * *

قوله والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح لان الوطى يحرم في الفاسد ويجب التفريق ولا يجب
 المهر قبل الوطى ولهذا لو حلف لا يتزوج فتزوج امرأة نكاحا فاسدا لا ينجث قوله هملا للكلام على
 الافادة * النكاح يذكر للعقد ويذكر 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 يعدل عنها بلا ضرورة * فان قيل قد تحققت الضرورة وهى
 اضافته الى المرأة لانها لا تكون واطئة وانما تكون موطوءة * قلنا اضافة الوطى الى المرأة تجوز مجازا باعتبار التمكن
 كما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما موطوءة على الوطى لكان فيه مجاز واحد واعمال للفظ النكاح والزوج على
 الحقيقة ولو حمل على العقد لكان فيه مجازان والاول اولى او نقول ما قلنا اولى لان فيه مجازا وافادة وفيما قلتم مجازا واعادة
 قوله بروايات روى بلفظ الخطاب حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك * وفي رواية من عسيلته ومن عسيلتك
 * وفي رواية حتى يذوق عسيلته الى آخره بلفظ الغيبة قوله والشرط الايلاج لان الذوق يحصل بالايلاج والانزال
 شبع فلا يشترط قوله والكمال قيد اى الحديث المشهور شرط الدخول وهو عبارة عن الايلاج فحسب فكان
 اشتراط الانزال في الايلاج زيادة قيد على الدخول المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل فى الماهية فلا
 يتوقف الحكم المرتب على الامر الكامل الى زيادة وصف لادلالته فى اللفظ عليه لانه يجرى مجرى النسخ
 قوله والحجة عليه ما بينا وهو قوله لوجود الدخول فى نكاح صحيح * وقوله وفسره فى الجامع الصغير
 فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع معناه ان تتحرك آلتها ويشتهى وهذا لان فى الحديث ذكر الذوق من
 الطرفين وهذا انما يتحقق فى المراهق الذى يشتهى * والاولى ان يكون المحلل حرا بالغا * قال الامام
 قاضى بخان وثبوت الحل للزوج الاول بوطى الصبي مذهبا يثبت الحل بوطى الزوج الثانى سواء كان صبيا
 او مجنون او حرا او مملوكا * وقال الحسن البصرى لا يحلها جماع الصبي لان عنده التحليل لا يتم بدون الانزال
 وعند مالك والشافعى رحمهما الله لا يتم التحليل الا بجماع من كان من اهل الماء * قوله واذا * تزوجها

(واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويههم الزوج الثاني الطلاقين كما يههم الثالث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يههم ما دون الثالث) لانه غاية للحرمه بالنص فيكون منهيما ولا انهاء للحرمه قبل الثبوت * ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له سماه محملا وهو المثبت للحل (واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت) عدتي

بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احملك او قالت المرأة ذلك اما لو اضرما ذلك في قلبهما فانه يصح العقد ويحل للاول عند عامة العلماء * وقال مالك رحمه الله لا يصح * وذكر الامام التمر ناشى لو خافت المرأة ان لا يطلقها المحلل فيقول زوجت نفسي منك على ان امرى بيدي اطلق نفسي كلما يريد فيقول الرجل قبلت جاز النكاح وصار الامر في يدها * وفي التفريق لو ادعت دخول المحلل صدقت وان انكر هو وكذا على العكس قوله واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين الى ان قال وقال محمد رحمه الله لا يههم ما دون الثالث لانه غاية للحرمه بالنص فيكون منهيما ولا انهاء للحرمه قبل الثبوت * الزوج الثاني غاية للحرمه الحاصلة بالثالث بالنص قال الله تعالى فلا يحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وكلمة حتى للغاية ولم تثبت تلك الحرمه بالطلاق والطلقتين لانها متعلقة بالثالث وبعدها اركان العلة لا يثبت شىء من الحكم فلم يكن الزوج الثاني غاية اذ غاية الحرمه قبل ثبوتها محال الا ترى انه لو قال اذا جاء رأس الشهر فوالله لا اكلم فلانا حتى استشير فلانا ثم استشاره قبل مجىء رأس الشهر لا يعتبر هذا لان الاستشارة غاية للحرمه الثابتة باليمين فلا يعتبر قبل اليمين فاذا لم يعتبر كان وجودها كعدمها ولو تزوجها قبل التزوج او قبل اصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقى من التطليقات فكذلك هنا وابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فالأصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح تلحق المطلقة بالاجنبية في الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثالث * وبيان هذا ان بالتطليقات الثالث 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 للحرمه وموجب للحل قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له والمحلل من يثبت الحل كالسود 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 مقيدا للحل لا يزول الا بثلاث تطليقات فكذا في المتنازع فيه او نقول لما كان مقيدا لاصل الحل فلان يكون مكمل للحل اولى لان اثبات الوصف ايسر من اثبات الاصل ولا ذلك الا بههم الطلقة والطلقتين * فان قيل الزوج الثاني غاية للحرمه بكتاب الله تعالى فمتى جعلناه مثبتا للحل مطلقا يلزم تغيير قضية الكتاب ومتى جعلناه غاية للحرمه يكون عملا بحقيقة الكتاب وبهجاز الخبر وهذا اولى من العمل بحقيقة الخبر وبهجاز الكتاب * قلنا نحن نعمل بحقيقتهما لان الكتاب جعله غاية ونحن جعلناه غاية والخبر جعله محملا والكتاب ساكت عنه فجعلناه محملا فكان هنا عملا بحقيقتها وانتم فان عملتم بحقيقة الكتاب وبهجاز الخبر فكان مذهبنا اليه اولى * فان قيل جعله محملا يحل بمعنى الغاية لان غاية الشىء بمنزلة ما ينتهى به الشىء من غير ان يكون مؤثرا في شىء ومثبتا لشىء * قلنا لمنافاة بينهما لان الشىء كما ينتهى بمضى الوقت * * * * * ينتهى

(عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة) لانها معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب * * باب

ينتهي بوجود ضده كالصوم ينتهى بمجيء الليل وكذا بوجود ضده وهو الاكل وكذا الحيوة تنتهى بوجود ضده وهو الموت وكذا الرق ينتهى بوجود ضده وهو العتق فكذا المحرمة هنا ينتهى بوجود الزوج الثاني لانه يوجب ضدها وهو الحل وهذا لان الشيء قد يكون غاية بصورته وقد يكون غاية بمعناه فجعلناه غاية بمعناه لانه يثبت الحل به وهذا كالنص المحلل اذ ورد لم يبق النص المحرم لان النص المحلل رافع للنص المحرم لان هذا ابدى 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 ينتهى به الحدث تثبت به الطهارة الجديدة * فان قيل الزوج الثاني انما صار مملا للحاجة ولأحاجة هنا فكان بمنزلة المعذور اذا تروأ في آخر وقت الظهر بعدما صلى الظهر وانقطع الدم ينتقض وضوءه بالسيلان في وقت العصر لعدم حاجته الى تلك 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 يكن من قصد الاول ان يراجعها ابدا يثبت الحل بخلاف طهارة صاحب العذر فانها شرعت للحاجة * وهذه مسألة اختلف فيها اصحاب النبي عليه السلام * ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم التخعي واصحاب عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم * وما قاله محمد وزفر والشافعي رحمهم الله قول عمر وعلى وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة رضى الله عنهم فاخذ الشبان بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة كذا في المبسوط قوله لانها معاملة اى النكاح معاملة وفي المعاملات يعتبر خبر كل ميمز لعموم الضرورة الداعية الى سقوط سائر الشرائط كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارة قوله او امر ديني لتعلق الحل به لان الحل حق الشرع فيقبل قول الواحد كما في خبر نجاسة الماء وطهارته اوروت حديثنا قوله وسنبينها في باب العدة وعد ولم يذكرها في باب العدة وادنى هذه المدة عند ابي حنيفة رحمه الله شهران ان اقرت بالمضى بالاقرء وعندهما تسعة وثلاثون يوما لكنه طلقها في آخر الظهر وحيضها ثلثة وطرها خمسة عشر يوما فتمضى عدتها بطهرين ثلثين يوما وثلثة اقرء تسعة ايام للامكان * وقيل على قياس قول ابي يوسف رحمه الله تصدق في سبعة وثلثين يوما ونصف واربع ساعات لان اقل الحيض عنده يومان واكثر اليوم الثلث فيجعل كل حيض يومين ونصف يوم وساعة فذلك سبعة ونصف وثلث سليمان وساعة للاخبار والاغتسال * ولابي حنيفة رحمه الله على ما ذكره محمد رحمه الله ان يجعل كانه طلقها في اول الظهر تفاديا عن ايقاع الطلاق في الظهر بعد الجماع وطرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثره وحيضها خمسة ايام لان اقله واكثره نادر فاعتبرنا الوسط فثلثة اطهار تكون خمسة واربعون يوما ثلث حيض يكون خمسة عشر يوما فذا استون يوما * وعلى ما روى الحسن عنه ان يجعل كانه طلقها في آخر الظهر احترازا عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة قدرنا حيضها بالاكثر ليعتدلا فطهر ان ثلثون وثلث حيض ثلثون فذا ستون ولا معنى لما قاله الامين انما يقبل قوله اذا لم تكذبه العادة واما اذا كذبته العادة فلا * لان

باب — الإيلاء

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول) لقوله تعالى للذين يؤولون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية (فان وطئها في اربعة اشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة) لان الكفارة موجب الحنث (وسقط الإيلاء) لان اليمين ترتفع بالحنث (وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانته منه بتطبيقه) وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضى لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضى منابه في التسريح كما في الجب والعنة * ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم اجمعين وكفى بهم قذوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة

لان المكذب عادة كالكذب حقيقة الا ترى ان الوصى اذا قتل انفق في يوم مائة درهم على الصبي لا يصدق وان كان محتلا بان يشتري له نفقة فيسرق وطم فيحرق وطم فيغرق ثم وثم لكونه نادرة ولا احتمال لتصدقها في تلك المدة الابعث امور نادرة ان يكون الايقاع في آخر اجزاء الظهر وحيضها اقل مدة الحيض وطهرها كذلك وان لا يؤخر الاخبار عن ساعة الانقضاء وان كانت امة فعندهما تصدق في احد وعشرين يوما ستة للحيضتين وخمسة عشر للظهر * وعنده في رواية محمد رحمه الله في اربعين يوما كانه طلقها في اول الطهر فطهر ان ثلثون وقرآن عشرة * وعلى رواية الحسن في خمسة وثلثين فقرآن عشرون والطهر خمسة عشر والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب — الإيلاء

هو في اللغة الحلف من آلى اى حلف يؤلى ايلاء من الآلية وهى الحلف قال الشاعر * * * قليل الا لا يحافظ ليمينه * وان بدرت منه الآلية برت * وفي الشرع عبارة عن الحلف عن ترك وطئ المنكوحة اربعة اشهر او اكثر * وركنه والله لا اقربك ونحوه * وشروطه كون اليمين معقدة 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 الرجعى لما ان الابانة فيه موقته الى وقت وههنا ايضا موقته الى وقت * والسبب الداعى هناك عدم الموافقة والتدارك في الطلاق الرجعى غير مستعقب مكرها وههنا يعقب مكرها 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 يؤولون من نسائهم الآية والتمسك بالآية لبيان شرعية الإيلاء ولبيان انه اذا حلف على ترك وطئها اربعة اشهر فهو مول فان وطئها في الاربعة اشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة * وعند الشافعي رحمه الله يحنث في يمينه ولا تلزمه الكفارة لان الله تعالى وعد المغفرة وبعد ما صار مغفورا لا تجب عليه الكفارة لما ان الكفارة للسنة * قلنا وعد المغفرة فى الآخرة ومع ذلك وجبت الكفارة للحنث فى اليمين قال الله تعالى ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية كذا فى المبسوط قوله ولنا انه ظلمها بمنع حقها فى الجماع * فان قيل لو كان الجماع حقها كان لها ولاية المطالبة وليس لها ذلك بعد ما وطئها الزوج مرة * قلنا ان لم يكن مستحقا عليه حكما فهو مستحق عليه ديانة * ويدل عليه ما ذكره الامام قاضى خان رحمة الله تعالى عليه فى باب العنين من الجامع الصغير ان الزوج اذا وطئها مرة ثم عجز بعد ذلك لاختيارها لان ما هو المقصود وهو تأكد المهر والاحصان وغير ذلك يحصل بالواحدة وما زاد على ذلك فهو مستحق عليه ديانة لاهكما * * * * *

(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 الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحف بعد البيئونة (فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والاقعت 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 يقربها) لما بينا (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافة 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 تعالى 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 تنكامل مدة المنع (ولو قال والله لا اقربك الا يوما لم يكن موليا) خلافا لزفر رحمة الله تعالى عليه هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع * ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا * * * * *

قوله فان كان حلف على الابد بان قال والله لا اقربك ذكر الابد او لم يذكر قوله الابد انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج * وذكر في المبسوط اذا آلى من امرأته ايلاء مطلقا من غير ان يقيده باربعة اشهر فباننت بمضى اربعة اشهر هل ينعد مرة اخرى قبل ان يزوجها ام لا كان ابوسهيل السرخسي يقول ينعد 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 بافئة ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بينا وكان الكرخى رحمه الله يقول لانعد 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 ينعد 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 باننت بتطليقة وهكذا كان يقول ابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه اولافلما بلغته فتوى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عنه قوله ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع هذا التعليل انما يستقيم على ما ذكر في المبسوط واذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر بغير شيء يلزمه تحينئذ يكون الامتناع في اكثر المدة بلا مانع ولا يستقيم فيما اذا عقد يمينه على ثلثة 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 لانقضاء المجموع بانقضاء البعض وهو ضعيف اذ لو كان المراد به ذلك لقال في اكثر المديتين قوله وبمثله اى وبمثل الحلف الذي انعقد على ما دون اربعة اشهر لا يثبت حكم الطلاق بمضى اربعة اشهر ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين او قال والله لا اقربك شهرين وشهرين كان موليا * اما ثوقال والله لا اقربك

لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصبحه فانه لا يصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر واكثر صار موليا لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا) لانه يمكنه القربان من غير شىء يلزمه بالخراج من الكوفة (قال ولو حلف بجمع او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزاية ما نعة لما فيها من المشقة * وصورة الحلف بالعتق ان يعلف بقربانها عتق عبده * وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شىء * وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانع فيه والحلف بالطلاق ان يعلف بقربانها طلاقها او طلاق صاحبها وكل ذلك مانع (وان الى من المطلقة الرجعية كان موليا وان الى من البائنة لم يكن موليا) لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نساء بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لقوت المحلية (ولو قال لاجنبية والله لا اقر بك او انت على كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه * * * * *

لا اقربك شهرين ومكث يوما 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 ايجابا آخر فصارا اجلين فتدخلا الا ترى ان من قال والله لا اكلم فلانا يوما ويومين فمدة المنع ثلاثة ايام ولو قال يوما ولا يومين يكون ايجابين فيتدخلا ان من قال والله لا اكلم فلانا يوما ويومين لان المستثنى يوم منكر فلما كان منكرا كان ما من يوم يمر بعد يمينته الا ويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فتقربها فيه من غير ان يلزمه شىء ثم لو صرفنا ذلك اليوم الى آخر السنة كان معينا وتغير كلامه من غير حاجة لايجوز بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين لان اليمين يصح مع الجهالة كما اذا قال والله لا انزوج 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 يوما فان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر السنة * قلنا الحامل على اليمين الغيظ انه قائم في الحال فيكون المنع من الكلام مرادا 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 حق للمطلقة الرجعية في الجماع لا قضاء ولا ديانة حتى ان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلم يكن الزوج مانعا حقها فلا يكون ظلما فينبغي ان لا يترتب عليه اجزاء الظلم * قلنا شرعية الايلاء ثبت بقوله تعالى للذين يؤولون من نساءهم والمطلقة الرجعية من نساءنا بالنص وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعول هو الزوج فكانت المرأة هي الزوجة وفي المنصوص لا يعتبر المعنى قوله اذ اليمين منعقدة اى في حقه اى في حق الحنث لا في حق الطلاق وهذا لان الايلاء يمين تعلق ببرها الطلاق كانه قال ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق بائنا فاذا قال ذلك لاجنبية فقد حلف بالطلاق في غير الملك ولم يضاف الى سبب الملك فبطل ايجاب الطلاق وبقي يميننا مطلقا لان اليمين يعتمد بصورة البر حسا لملك شرعيا الا ترى انها تنعقد على الحرام والمعصية فينعقد هنا فاذا قربها لزمته الكفارة * * * * * قوله

(ومدة ايلاء الأمة شهران) 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 تجماع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء) * وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لانيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمه الله تعالى لانه لو كان فيئا كان حنثا * ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا تجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفىء وصار فيئه بالجماع) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلفى (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 * * *

قوله ومدة ايلاء الأمة شهران * وقال الشافعي رحمه الله مدتها كمدة ايلاء الحرة وهذا يبتنى على اصل وهو ان عنده المدة ضربت لاطهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والأمة في ذلك سواء * وعندنا شرعت اجلا للبينونة فشابهت 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 للمحاجة الى دفع الظلم عنها لان الوقاع حق مستحق وبالامتناع بقوله والله لا اقربك يصير ظلما * 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 بالمرض قد يطول وقد يقصر فكان هو ظلما على تقدير ان يقصر مرضه من اربعة اشهر * فان قيل اذا كان بينهما مسيرة اربعة اشهر يقدر على الفىء بالجماع بان يخرج هو اليها وتخرج هي اليه فيلتقيان فيما دون اربعة اشهر * قلنا الزوج لا يقدر على ذلك بنفسه والقدرة بالغير غير معتبرة اما على اصل ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه فظاهر فان الاعس لا تجب عليه الجمعة عنده وان وجد قائدا واما عندهما ففيما نحن فيه لا يقدر الزوج على اكتساب سبب القدرة بخلاف مسألة الجمعة **قوله** لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان المتعلق بالفىء حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة ثم الفىء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الحكم الآخر * ولكننا نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لا يتحقق بالفىء باللسان وعند العجز عن الفىء بالجماع فكان الفىء بالجماع اصلا وباللسان بدلا منه لان الفىء عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار بمنع حقها في الجماع ففيه بالرجوع عن ذلك بان يجماعها واذا كان عاجزا عن الجماع فلم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع فانه لاحق لها في الجماع في هذه الحالة وانما قصد الاضرار بايحاها بلسانه ففيه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية * ومذهبنا مروى عن علي وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما كذا في المبسوط **قوله** قبل حصول المقصود بالخلفى * وهذا لان المقصود من الفىء باللسان عدم ثبوت البينونة بمضى اربعة اشهر وذلك انما يترتب على مضى هذه المدة وقيل مضى هذه المدة اذا صح صار ظلما بمنع حقها في الجماع فبطل الفىء باللسان للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلفى لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبطل يسقط اعتبار البطل كالتيمم 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

(وان قال اردت الطلاق فهي تطلقه بائنة الا ان ينوى الثلث) وقد ذكرناه في الكنايات (وان قال اردت الظهر فهو ظاهر) وهذا عند ابيحنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظاهر لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهر نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وان قال اردت التحريم اولم ارد به شيئاً فهو يمين يصير به مولياً) لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظه التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب

* * *

باب الخلع

(واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدى نفسها منه بما لا يخلعها به) لقوله تعالى

* * * * *

حرام كذب وارادة الكذب من الكلام الكذب حقيقة له وذكر في المحيط وان قال نويت به الكذب فهو كذب ولا حكم له ويصدق القاضى لانه فسر لفظه بما يقتضيه ظاهره وهو نظير ما لو قال لامرأته انت حرة وقال اردت نعتها بالحرية لا الطلاق يدين في القضاء هكذا ذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله قوله يصير به مولياً لان اقل اسباب الحرمة اليمين لان حرمتها مغيية الى الكفارة بخلاف الحرمة بالطلاق وفي الظهر ان ارتفع حرمة بالكفارة لكن كفارة اليمين ايسر ولان الحرمة في اليمين لغيره بخلاف الظهر حتى تحمل له مباشرتها بعد الابلاء بخلاف الظهر قوله من غير نية بحكم العرف روى ان هذه المسئلة وقعت في عصر ابي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى فاشكل عليه وكان يقول في نفسه ينبغي ان لا يقع الطلاق فكان يتفكر فيه اياما وكان مغتما في ذلك وكانت له ابنة صغيرة فقالت له يوما يا ابي اراك مغتما فقال لها كيت وكيت فقالت لاشك في هذا انه يقع الطلاق لما ان العرف ان الرجال يحملون به دون النساء فلو لم يكن طلاقاً لخلعت به النساء ايضا والله تعالى اعلم بالصواب * * *

باب الخلع

الخلع بالفتح النزع يقال خلع ثوبه عن بدنه اى نزع وخالعت زوجها افتدت منه بما لها والاسم الخلع بالضم قال الله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن فكانهما اذا فعلا ذلك نزعا لباسهما * وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به والسنة وهي ما روى ان جميلة كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكنى اخشى الكفر في الاسلام اشدة بغض اياه فقال عليه السلام انتردين 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 يملك القصاص وسواء كان بلفظ الخلع او الطلاق او المباراة او البيع بان يقول خلعتك على الف درهم او طلقتك على الف او بارأئك او بعث نفسك او طلاقك على الف ففي الوجوه كلها لا يقع الطلاق الا بقبولها في المجلس لانها معاوضة قال اذا تشاق الزوجان اى اختلفا او تخاصما مشتق من الشق وهو الجانب * وانما سمي به لان كل واحد من المتشاقين يأخذ شقا خلافاً شق صاحبه وهذا كالتخاصم والتعادي لان كل واحد من المتخاصمين والمتعادين يأخذ خصما وهو الجانب وعدوة وهي جانب الوادى خلافاً جانب صاحبه قوله وخافا ان لا يقيما حدود الله اى ما يلزمها من مواجب الزوجية * * *

فلا جناح عليهما فيما افتدت به (فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا يسلم لهانفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان 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 الذى تزوجها عليه والنشوز منها طاب الفضل ايضا لا طلاق ما تلوناه بدأ ووجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن 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

قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اى فلا جناح على الرجل فيما اخذ وعلى المرأة فيما اعطت قوله فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة وفي احد قولى الشافعى رحمة الله تعالى عليه هو فسخ حتى لو خالعا بعد التطلقين لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره عندنا خلافا 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 لاصارت التطليقات اربعا ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاية وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضى ايضا وذلك بالخلع كالبيع * ولنا ما روى عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه الا ترى انه لا يفسخ بالهلاك قبل التسليم بان الملك الثابت به ضرورى لا يظهر الا في حق الاستيفاء والفسخ بسبب عدم الكفاية فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع عن الانعام وكذلك في خيار العتق والبلوغ واما الخلع فيكون بعد تمام العقد والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال واما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثلثة بعرض وبغير عوض فهذا لا يصير الطلاق اربعا قوله حتى صار من الكنايات اذا قال الرجل لامرأته خلعتك او خالعتك ونوى الطلاق يقع به الطلاق لانه يحتمل الطلاق لان انخلاعها يكون عن الثياب وعن الخيرات وعن النكاح فاذا نوى الانخلاع عن النكاح يصح ولما صار من الكنايات لابد من النية الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا * وفي الذخيرة واذا خلع الرجل امرأته ثم قال لم انوبه الطلاق فان لم يذكر بد لا صدق دينانة وقضاء وان ذكر بد لا بان قال لها خلعتك على الف درهم ثم قال لم اعن به الطلاق لا يصدق قوله ولانها لا تسلم المال عطف على قوله لقوله عليه الصلوة والسلام الخلع تطليقة بائنة قوله لا طلاق ما تلوناه بدياى فلا جناح عليهما فيما افتدت به قوله لان مقتضى ما تلوناه شيئا الجواز حكما والاباحة الجواز قد يثبت بدون الاباحة فان البيع وقت النداء يجوز ولا يباح للجواز ضده الفساد وارىد 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 حسى وقد ورد النهى عنه بتأكيدات انما اخذونه وكيف تأخذون والنهى عن الأفعال الحسية بعدم المشروعية فكيف بالمؤكدات فينبغى ان لا يكون الاخذ مشروعا اصلا فيكيفى جاز مع الكراهة * قلنا النهى وان ورد عن الفعل الحسى لكن هو لمعنى في غيره وهو زيادة الايجاش فلا تعدم * *

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمتها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تمييزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص (وكان الطلاق بائنا) لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البديلين فتملك هي الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة (قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او مينة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا) فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول واقتراحهما 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 لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر 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 ذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقهاء انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهار الشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال (قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع) لان ما يصالح عوضا للمتقوم اولى ان يصالح لغير المتقوم (فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها) لانها لم تغره بتسمية المال (وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها) لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمتها للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج * * * * *

المشروعية في نفسه كما في قوله عليه الصلوة والسلام لا تتخذوا دوابكم كراسي * وانما قلنا ذلك لان المرأة تصرف في مالها بالدفع الى الزوج باختيارها فمن اين ثبت عدم مشروعية الاخذ * فان قيل حديث امرأة ثابت خبر الواحد واطلاق قوله تعالى فلا جناح بيدك على حل الزيادة فكيف يعارضه خبر الواحد * قلنا خص من الآية الفضل عن المهر اذا كان النشوز 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 يتعلق الحكم بالقبول دون الاداء قوله وكان الطلاق بائنا لما بينا وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها قوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر ولو كاتب على مينة او دم فان الكتابة هناك باطلة حتى لو ادعى لا يعتق ولا تجب القيمة كذا ذكره الامام الاسيبغاني رحمه الله قوله وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس ولهذا يصالح اقل من عشرة دراهم بدلا للخلع ولا يصالح مهرا * وفي المبسوط وان اختلفت منه بما في بطن جاريتها او بطون غنمها فهو جائز وله ما في بطنها بخلاف الصداق فان في مثله يجب مهر المثل وان لم يكن في بطنها شيء فلا شيء له لانه ما غرت به في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير ذلك من ربح او ولد ميت قوله فان قالت له خالعني على ما في يدي اراد باليد 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 * * * * *

فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه (ولو قال خالعتنى على ما فى يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن فى يدها شىء فعليها ثلثة دراهم) لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبويض لان الكلام يختل بدونه (فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرء وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت) لانه عقد المعاوضة فيقتضى سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح (واذا قالت طلقنى ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال (وان قالت طلقنى ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شىء عليها عند ابيحنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالاهى واحد باثثة بثلث الالف) لان كلمة على بمنزلة الباء فى المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء * * * * * وله

الجهالة وان لم يكن فيه شىء فلا شىء عليه بخلاف ما اذا اختلعت على مافى بيتها من متاع فله ما فيه وان لم يكن فيه شىء فلا شىء له ورجع عليها بالمهر الذى اخذت منه لانها غرتة 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 المهر **قوله** ولو قالت خالعتنى على ما فى يدي من دراهم او من الدراهم ففعل ولم يكن فى يدها شىء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة * فان قيل ذكرت فى كلامها حرف من وهو للتبويض فينبغى ان يجب بعض الدراهم وذا درهم او درهمان كقوله ان كان فى يدي من الدراهم الاثلثة فعبد حرو فى يده اربعة دراهم فانه يحنث * قلنا من للتبويض وقد يكون للبيان والتمييز فى كل موضع تم الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على ضرب ابهام فمن للتمييز كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والا فللتبويض وقولها خالعتنى على ما يدي كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع ابهام لان ما فى يدها قد يكون من انواع شتى فاذا قالت من الدراهم فقد بينت ما ابهمت فصار كأنها قالت خالعتنى على الدراهم وقوله ان كان فى يدي غير تام بنفسه حتى لا يجوز الاقتصار عليه فكان للتبويض * فان قيل هذا يستقيم اذا لم تكن الدراهم محلاة بالالف واللام اما اذا كانت محلاة بهما فينبغى ان يجب درهم واحد كما لو حلف ان لا يشتري العبيد ولا يتزوج النساء لان الجمع المعرف باللام كالمفرد المعرف باللام * قلنا انما ينصرف الى الجنس اذا عرى عن قرينة دالة على العهد كما فى النظير وقد وجدت القرينة الدالة على العهد هنا وهو قولها على ما فى 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 حملها على كل الجنس ولم يمكن هنا الاستحالة ان يكون كل الدراهم فى يدها **قوله** وكلمة من ههنا صلة للتبويض فكل موضع يصح الكلام بدونه يكون للتبويض كما فى مسألة الجامع ان كان فى يدي من الدراهم فعبد حرو فى كل موضع يختل الكلام بدونه كما فى مسألة الخلع يكون صلة لان قولها خالعتنى على ما فى يدي دراهم بدون من يكون مختلفا لان الموضوع للتمييز مختلف من هنا يختل بالمقصود بخلاف مسألة الجامع فان الكلام فيها لا يختل بدونه فاذا ذكر يجعل للتبويض لتحصل فائدة جديدة **قوله** فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه اى على انه ان وجد العبد تسلم اليه وان لم يوجد فلا شىء عليها لم تبرأ * * * * * **قوله**

* وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلى الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة وستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالشرط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعرض على مامر واذا لم يجب المال كان مبتدئا فوق الطلاق ويملك الرجعة (ولو قال الزوج طلقى نفسك ثلثا بالى او على النى فطلقت نفسها واحدة لم يقع شىء) لان الزوج ما رضى بالبينونة الا لتسالمه الالف كلها بخلاف قولها طلقنى ثلثا بالى لانها لما رضيت بالبينونة بالى كانت ببعضها ارضى * * * ولو قال

قوله وله ان كلمة على للشرط اى تستعمل للشرط لان اصلها للزوم فاستعير للشرط لانه يلازم الجزاء فصارت طالبة للثالث بالى بكلمة هى للشرط فصار الطلقات الثالث شرطا لوجوب الالف فصار كانها قالت ان طلقنى 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 فى المبسوط وابوحنيفة رحمه الله يقول حرف على الشرط 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 العجز واذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزاء فجزاء وانما شرطت لوجوب المال عليها ايقاع الثلث فاذا لم يوقع لا يجب شىء * وبه فارق بين البيع والاجارة لان معنى الشرط هناك تعذر اعتباره فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلذلك جعلنا حرف على فيها بمعنى الباء * وقوله فى الهداية وله ان كلمة على للشرط يحتمل انه اراد به ما ذكر فى المبسوط من قول ابي حنيفة رحمه الله ان حرف على للشرط حقيقة ويحتمل ان يريد ان كلمة على فى هذا الموضع للشرط لان كلمة على للاستعلاء وضعا يقول زيد على السطح فان تعذر يحمل على الالتزام يقول عليه دين فان تعذر يحمل على الشرط لمناسبة بين الشرط والالتزام ومعنى الالتزام لها بمنزلة الحقيقة لان استعمالها بمعنى الالتزام شائع مستفيض وفى الشرط معنى الالتزام فيصير كانه للشرط حقيقة ولهذا قال كلمة على للشرط قوله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلى الدار كان شرطا يريد به ان قوله على ان تدخلى الدار يفيد ان الدخول شرط فكذا على النى والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط فلاحاجة الى العدول عن الحقيقة بخلاف البيع والاجارة فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فيتعذر اعتبار الحقيقة فليستعار بمعنى الباء * فان قيل يشكل هذا بما اذا قالت المرأة لزوجها طلقنى وفلان على النى درهم فطلقها وحدها فكان عليها حصتها من المال بمنزلة مالو التمسست بحرف الباء * قلنا انما حملت هناك على معنى الباء لانه لا غرض لها فى طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها ولها فى اشتراط ايقاع الثلث غرض صحيح قوله فالشرط لا يتوزع على اجزاء الشرط حتى اذا قال انت طالق ثنتين ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فدخلت احديهما لانطلق ولو كان متوزعا على اجزاء الشرط لوقعت تطلبة واحدة بمقابلة دخول دار واحدة وهذا لان الشرط علامة وقد جعل الكل علامة فلا يوجد المشروط حتى يوجد الكل ولان العوض يجب بالعوض فينقسم عليه ولا يجب المشروط بالشرط * * * قوله

(ولو قال أنت طالق على النى فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله أنت طالق بالى) ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالى بعوض الف يجب لى عليك ومعنى قوله على النى على شرط النى يكون لى عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا (ولو قال

لامرأته أنت طالق عليك النى فقبلت او قال لعبدته أنت حر عليك النى فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شىء عليهما) عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وكذا اذا لم يقبلا وقال على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق * لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمى هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم * وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانها لا يوجدان دونه (ولو قال أنت طالق على النى على ائى بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار

باطل اذا كان للزوج وهو جاوز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالوا الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للمسوخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد * * * * والتصرفان

قوله ولو قال أنت طالق على النى فقبلت طلقت وهو كقوله أنت طالق بالى فى اشتراط القبول قوله ولا بد من القبول فى الوجهين اى فيما اذا قال أنت طالق بالى وفيما اذا قال أنت طالق على الف * وفى الجامع الصغير التمرتاشى رحمه الله قال لامرأته أنت طالق بالى او على الف او على ان تعطينى الف او خلعتك على الف او بارائك او طلقك بالى يقع بالقبول فى المجلس وهذا يمين 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 جهتها قوله والطلاق بائن لما قلنا اشارة الى قوله لانها لا تنسلم المال الا ليسلم لها نفسها قوله اذ الاصل فيها الاستقلال الا ترى انه اذا قال ان دخل فلان هذه الدار فانت طالق وضررتك طالق تطلق ضررتها فى الحال لافرادها بالخبر فصارت مستقلة بنفسها ولو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وعبدى حرفان العتق يتعلق ايضا بالدخول لان قوله وعبدى حر ان كان تاما لكنه فى حق التعليق قاصر لان خبر الاول لا يصح خبرا له ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق شرعا بمال وبغيره والكرام يأبون قبول بدل الخلع اشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع للمعاوضة فصاحت دلالة اولانه لما تردد بين الشرط والابتداء لا يجب المال بالشك بخلاف قوله اذ الى الف وانت حر لان اول كلامه غير مفيد شيئا الا بآخره فانه يصير به تعليقا للعتق باداء المال وههنا اول الكلام ان صدر من الزوج بان قال أنت طالق عليك الف درهم كان ايقاعا مفيدا بدون آخره فلا حاجة الى ان يحمله على الحال وان صدر منها فهو التماس صحيح عليها على ما ذكرنا فلن هذا لا يحمل على وار الحال كذا ذكره الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى عليه قوله

والتصرفان لا يمتثلان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها * ولا يحنيفة رحمه الله تعالى عليه ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق (ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت

قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعث منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبلي فقال قبلت فالقول قول المشتري) ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالأقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالأقرار 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 ابي حنيفة رحمه الله * وقال محمد رحمه الله لا يسقط فيهما الا ما سماه * وابو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله في المباراة * احمد رحمه الله ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير * ولا ييوسف رحمه الله ان المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانحلال وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام * ولا يي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبي عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه (قال ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها) لانه لانظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها

قوله والتصرفان وهما ايجاب الزوج وقبول المرأة اما ايجاب الزوج فانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ واما قبول المرأة فانه شرط اليمين وكما ان اليمين لا يقبل الفسخ فشرطها لا يقبل الفسخ ايضا * ولا يي حنيفة رحمه الله ان الخلع من جانبها معاوضة حتى يصح رجوعها قبل قبول الزوج ولا يتوقف على ما وراء المجلس واما قبولها فمن جانبها شرط اليمين * قلنا نعم قبول المرأة شرط في حق الزوج فاما في حق نفسه فتمليك مال جعل شرطا كرجل قال لا آخر ان بعثك هذا العبد بكذا فعبدى الا آخر هذا حر انه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة عن ان يكون شرطا لليمين فكذا هذا قوله ومن قال لامرأته طلقتك امس الى قوله ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه والقبول بشرط الحنث فتم اليمين بلا قبول فلا يكون الاقرار باليمين اقرارا بشرط الحنث لصحتها بدون فصار القول قوله لان الزوجين اذا اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج لانه منكر واما البيع فايجاب وقبول ولا صحة لاحدهما بدون الآخر فصار الاقرار بالبيع اقرارا بما لا يتم الا به فاذا انكره فقد رجعا ما اقر به فلا يصدق حتى لو قال لها بعثك طلاقك امس فلم تقبلي فقالت قبلت فكان القول قولها كما في بيع العروض وكذا لو قال لعبد بعثك نفسك بالف ولم تقبل وقال العبد قبلت كان القول قول المولى وهذا والطلاق سواء قوله والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح اي من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لو اختلفت منه بشئ مسمى معروف ولها عليه مهر وقد دخل بها اولاً لزمها ما سمته وكان المهر للزوج * * * * * وكذا

ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط (وان خلعها على الف على انه ضامن فخلع واقع والالف عليه) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب (وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان * * * * *

وكذا لو اخذت المهر منه ثم خالعه قبل ان يدخل بها على شىء فهو جافز والمهر كله لها وكذا لو باراها على شىء لا يتبع احدهما صاحبه بشىء من المهر وكذا لو قبضت منه نصف المهر او اقل او اكثر ثم اختلفت منه بدرام مسماة او بثوب معروف قبل ان يدخل بها فللزوجة ما سمت له في الخلع ولا سبيل لاحدهما على صاحبه من المهر وكذا لو وقع على مائة درهم من المهر والمهر كله على الزوج او في يد المرأة لا يتبع صاحبه شىء من المهر وكذا لو كان المهر عبدا بعينه في يده او في يدها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله * وقال محمد رحمه الله تعالى لا يسقط فيها الاما سماه وايهما كان له قبل صاحبه شىء من المهر رده عليه * وابو يوسف مع محمد رحمه الله في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله في المباراة واما نفقة العدة فان شرطت في الخلع والمباراة يسقط اجماعا والالايسقط اجماعا واما نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع فلا يقع البراءة عنها ان لم يشترط ذلك في الخلع والمباراة اجماعا وان شرطت ان وقت لذلك وقت كسنة ونحوها جازوان لم يوقت لم يجز ولم يقع البراءة عنها قوله ثم يقع الطلاق في رواية لانه علق الطلاق بقبول الاب ولو علق الطلاق بشرط وهو فعل الاب كدخول الدار يقع الطلاق ان وجد الشرط كذا هنا وفي رواية لا يقع الطلاق الا اذا قبلت الصغيرة لان الاب اذا لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعاً مع البنت كانه خاطب البنت بذلك فيتوقف على قبولها والاول اصح قوله وان خلعها على الفى وهى صغيرة على ان الاب ضامن للالف فخلع واقع والالف عليه ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق مالا على الصغيرة فلا يكون كفالة ولكن المراد هنا بالضمان التزام المال ابتداء لاجهة الكفالة وان لم يكن الضمان شرطاً في الخلع وكان معطوفاً لم يصح الخلع والضمان ولم تطلق قوله لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وابضاعاً وايداعاً ولا ولاية للاجنبي عليه * وانما جاز اشتراط بدل الخلع على الاجنبي ولم يجز اشتراط بدل العتق لان الاجنبي بمنزلة المرأة في الخلع من حيث ان المال يجب على المرأة في الخلع من غير ان يسلم لها شىء لان الطلاق ازالة للملك المنفعة واسقاط لعقد النكاح لان ملك النكاح ضرورى يظهر في حق الاسقاط فحسب فلم يحصل لها في الطلاق شىء ليصير اثباتاً فنزل الاجنبي في تحمل ذلك المال منزلتها حيث لا يسلم لكل شىء واما في العتق فالمال شرع على العبد باداءه ما سلم له من القوة اذ هو عبارة عنها يقال عتق الطير اذا قوى وعتقت البكر اذا قربت وادركت فصار الاعناق اثباتاً للقوة الشرعية بعد ما كانت معدومة والقوة معنى يثبت فيه فلا يجوز ان يكون هو حاصل للعبد ثابتاً فيه وعرضه مستحق على غيره فصار كالبيع فلا ينزل الاجنبي منزلته في ذلك ولهذا لزمته قيمته في العتق على الحجر واعناق احد الشريكين واعناق الراهن المستعير * ولا يقال بانه حصل لها الخلاص عن قيد النكاح وهو نوع قوة فكان كالاتفاق لان الطلاق لرفع النكاح والنكاح يوجب قيدها ولا يسلب المالكية والاتفاق لازالة الرق وهو ثابت في المحل على الكمال وسلطان المالكية ساقط به فصار الاعناق اثباتاً للقوة بعد العدم والطلاق ازالة للقيد لتعمل القوة عملها فصح انه اسقاط والاتفاق اثبات قوله ان كانت من اهل القبول بان كانت تعقل العقد وتعتبر عن نفسها * * * * *

وكذا ان خالعهما 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 تلزمه الالف * واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء * عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها والله اعلم بالصواب * * * * *

باب — الظهار

(اذا 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 نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة 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 * * * * *

قوله وكذا ان خالعهما 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 الف طلقت لوجود قبوله وهو الشرط * ثم قيل تأويل المسئلة ان خالعهما على مال مثل مهرها اما لو خالعهما على الصداق لم يجز الخلع اصلا لانه مال مملوك وليس للاب ولاية ابطال ملكها باذاعه ما ليس بمتعوم 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 الف درهم لزمه الالف قياسا ان كان قبل الدخول * وفي الاستحسان لزمه خمسمائة ولها على الزوج خمسمائة واصله ان المرأة الكبيرة اذا تزوجت بالف ثم اختلعت بالف قبل الوطء ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لان العادة جرت بين الناس انهم يريدون به ما يلزمه لها وبديل الخلع اذا اضيف الى اجنبى شرط قبوله وان اضيف الى المرأة او الى الغير لكن المرأة خاطبت او لم يضاف 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 يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهده بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذا لا يحتمل النيابة وهذا اصح والله اعلم * * * * *

باب — الظهار

هو في الشرع عبارة عن تشبيه المنكوحة بامرأة محرمة على التأييد * وركنه انت على كظهر امي * وشرطه ان يكون المشبه منكوحة حتى لا يصح الظهار من امته * واهله من هو اهل للكفارة حتى لا يصح ظهار الذمي والصبي * وحكمه حرمة الوطء الى غاية الكفارة مع بقاء اصل الملك كما في حال الحيض * والاصل فيه **قوله تعالى** والذين يظاهرون من نسائهم الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا نزلت الآيات في خولة امرأة اوس بن الصامت رآها وهي تصلى 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 خلاسني ونثرت بطني جعلني عليه كاه * وروى انها قالت له ان لي صببية صغار ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الى جاعوا فقال عليه السلام ما عندي في امرك شيء * وروى انه قال لها حرمت عليك فتهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت **قوله** والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله وهو التحريم ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح * * * * * قوله

فتناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة * ثم الوطى * اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى يفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام (فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شىء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا نعد حتى تكفر ولو كان شىء آخر واجبا لبيته صلى الله عليه وسلم (قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا) لانه صريح فيه (ولو نوى به الطلاق لا يصح) لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به (واذا قال انت على كبتن امى او كفتنخها او كفرجها فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا تشبيهه المحملة بالحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه (وكذا ان شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأييد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة) لان هن في التحريم المؤبد كالام (وكذلك ان قال رأسك على كظهر امى او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك) لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشافع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق (ولو قال انت على مثل امى او كامى 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 تشبيهه بجمعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيقتصر الى النية (وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن) لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت على حرام ونوى الطلاق (وان لم يكن له نية فليس بشىء) عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل على الكرامة * وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجمعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين * وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به (ولو قال انت على حرام كاهى ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى) لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد رحمه الله ظهار * * * * * والوجهان

قوله فتناسب المجازاة عليها بالحرمة لان تحريم الحلال يصلح جزاء للجناية قال الله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات احلت لهم ويناسب ان تكون الكفارة رافعة للحرمة لانها حسنة قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات * ثم الوطى اذا حرم حرم بدواعيه وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يحرم الدواعى لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس فى 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 امى لا يكون الا ظهارا * قال ابو يوسف رحمه الله وكذا لو قالت لزوجها انت على كظهر امى 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 بالعقد ولو قال انت على كظهر فلانة وهى ام المزنى بها او ابنة المزنى بها لا يصير مظهرا لان بالزنا لا تثبت حرمة المصاهرة عند الشافعى رحمه الله فتكون حرمة غير قطعية فلا يمكن الحاقها بالمنصوص اطلقه فى الشافعى وفى الكفاية يكون مظهرا عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله قوله واو قال انت على مثل امى او كاهى يرجع الى نيته الى قوله وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين اذ الحرمة فى اليمين للغير بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد ايلاء بخلاف الظهار ولان كفارة اليمين * * * * * ادنى

والوجهان بينهما (ولو قال انت على حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الاظهارا) عند
 ابي حنيفة رحمه الله وقال هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد
 رحمه الله اذا نوى الطلاق لا يكون ظاهرا وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه يكونان جميعا قد عرف في
 موضعه * ولاي حنيفة رحمه الله 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 ولاطلاق
 في المملوكة (فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل) لانه
 صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول وزورا * * * * والظهار

ادنى من كفارة الظهار وهذا آية التفاوت في الحرمة ولان حرمة الايلاء ترتفع بالحنث
 بدون اداء الكفارة وحرمة الظهار لا ترتفع الا باداء 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 ابو يوسف
 رحمه الله في قوله انت على مثل امي ونوى التحريم لا غير يكون ايلاء ليسكون الثابت ادنى
 الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كافي التشبيه يختص به قوله وعند ابي يوسف
 رحمه الله يكونان جميعا اى يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في القضاء في
 صرف الكلام عن ظاهره بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة اخرى واياها
 عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف فان الطلاق ان وقع
 بقوله انت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بان والظهار بعد البيونة لا يصح وان قال الظهار مع
 الطلاق يثبت بقوله انت على حرام * قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين كذا في المبسوط وذكر
 في الفوائد الظهيرية جواب ابي 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 والشيء لا يتغير بتفسيره
 كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله قوله ثم هو محكم وهذا لان الحرمت انواع حرمة الايلاء
 وحرمة الطلاق وحرمة الظهار وقد ترجحت حرمة الظهار على ما عداها بالتشبيه بظهر الام فكل القول محكما
 في حرمة الظهار فيحتمل المحتمل على المحكم بخلاف ما اذا قال انت على حرام كاهي حيث تصح نية الطلاق
 لان الظهار مفسر بقوله انت على كظهر امي ولا يكون مفسرا في الظهار في الاول دون الثانى 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 الوطى
 الذى هو سبب التوالد والتناسل فكانت الزوجية في اعلى درجات الحل بحيث لا يجوز تخلف الحل عنها
 فلما شبه التى في اعلى درجات الحل بمن هى في اعلى درجات الحرمة كان منكرا من القول وزورا والحل
 في الامة تابع ولا يكون مقصودا ولهذا جاز تخلف الحل * * * * عن

والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق 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 ثبتت في حق كل واحدة والكفارة لانها الحرمه فيتعدد بتعدد ما بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة اسم الله ولم يتعدد ذكر الاسم والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في الكفارة

(قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب (قال وكل ذلك قبل المسيس) وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقربها على الوطء ليكون الوطء حلالا (قال وتجزى في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير) لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه * والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله تعالى كالزكوة * ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة * * * وقد

عن ملك اليمين فلم يكن تشبيهها بالام في كونه منكرا مثل تشبيهه المنكوحه بالام فلم تحق بالمنكوحه في حكم النص **قوله** والظهار ليس بحق من حقوقه وهذا لان الظهار مثبت للحرمة والنكاح مثبت للمحل وبينهما تنافى وكذا النكاح مشروع والظهار محرم فلا يصلح ان يكون غير المشروع من حقوق المشروع وتوابعه **قوله** بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك وهذا لان حق الملك ما يتأكد به الملك والملك يتأكد بالاعتاق لانه ينتهي به والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد ولهذا يثبت له الولاء **قوله** بخلاف الايلاء منهن بان قال والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقتن جميعا واما اذا قرب الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارة واحدة لان ذكر الله تعالى لم يتعدد لانه قال مرة واحدة والله لا اقربكن والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في الكفارة

قوله قال وكفارة الظهار عتق رقبة اي اعتاقها فان العتق ينوب عن الكفارة الا ترى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لا تخرج عن عهدها **قوله** وتجزى في العتق الرقبة الكافرة وعند بعض المشايخ رحمهم الله لا يجوز اعتاق المرتد عن الكفارة لانه بالردة صار حربيا ولهذا حل قتله وصرف الكفارة الى الحربى لا يجوز **قوله** اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه * وقوله من كل وجه يتعلق بالمرقوق 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 اعتاق الرقبة وقد تحقق * فان قيل امر بتحرير رقبة وهي نكرة * * * فيخص

وقد تحقق وقصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة ثم مقارفته المعصية بحال به الى سوء اختياره (ولا تجزى العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين) لان الفئات جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشى وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى تجوز العوراء او مقطوعة احدى اليدين واهدى الرجلين من خلاف لانه مافات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانت 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 الفئات جنس المنفعة الا اذا استحسننا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزى به (ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين) لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل) لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فئات المنافع (والذي يجن ويفيق يجزى به) لان الاختلال غير مانع (ولا يجزى عتق المدبر وام الولد) لاستحقاقها الحرية بجهة فكل الرق فيها ناقصا (وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال) لان اعتاقه يكون ببدل * وعن ايحنيقة رحمه الله انه يجزىه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يجتمعا لان الانفساخ (فان اعتق مكاتب لم يعد شيئا جان) خلافا للشافعي رحمه الله * له انه استحق الحرية بجهة الكتابة * * * فاشبهه

فيخص في الاثبات وقد ارتدت بها المؤمنة فبطلت الكفارة لان الكفر والايان ضدان * قلنا جواز المؤمنة لانها رقية لا لانها مؤمنة الا ترى انا يجوز الصغيرة والكبيرة وبين صفتي الصغر والكبر تضاد قوله وقصده 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 مقارنته 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 خبيث اشد من الكفر * قلنا الكفر خبيث من حيث الاعتقاد والمصرف الى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال قوله حتى تجوز العوراء وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تجوز لانها ناقصة نقصانا لا يرجى زواله فكانت كالعمياء * والاصل عنده ان كل عيب لا يرجى زواله يكون فاحشا يمنع جواز التكفير به وكل عيب يرجى زواله يكون يسيرا لا يمنع جواز التكفير به كالحمي والشجة ويجزى الحصى ومقطوع الاذنين ومقطوع المذاكير عندنا خلافا لغيره رحمه الله هو يقول فوات جنس المنفعة واهذا يجب كمال الدية * قلنا بعد الاذنين الشاخصتين السمع باق وانما يفوت ساهو زينة وجمال فلا يصبر الرقبة مستهلكة كفوت شعر الحاجبين والملحية وفي النخص ومقطوع المذاكير انما تفوت منفعة النسل وهي زائدة على ما يطلب من المالك قوله والذي يجن ويفيق يجزى به يريد به اذا اعتقه في حال افاقته وروى ابراهيم عن محمد رحمه الله اذا اعتق عبدا حلال الدم قد قضى بدمه 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 المرقوقة 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 * * فاشبهه

فأشبهه المدبر * ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابقى عليه درهم والكتابة لاتنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الأذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا يفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو محتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضرورى لا يظهر في حق الولد والكسب (وان اشترى اباه او ابنه ينوى بالبراءة الكفارة جاز عنها) وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه لا يجوز * وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى * * * فان اعتق

وانما صار العتق ناقصا بنقصان الرق لان العتق ضد الرق لاضد الملك لان الملك ثابت في الثياب ولا يثبت العتق فيها والاعتاق ازالة الرق واثبات القوة فكما له بكمال الرق او الضعف الحكى * فان قيل الاعتاق ازالة الملك عند ابيخنيفة رحمه الله والملك فيهما 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 المحل ولو كان الاعتاق ازالة الملك لوجب ان يصح في مملوك لارق فيه **قوله** فأشبهه المدبر اى على مذهبكم فعند الشافعى رحمه الله تعالى يبيع المدبر جائز فكيف لايجوز اعنائه من الكفارة فكان هذا منه استدلالا بمنهنا 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 رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكما ان ثبوت الحرية من كل وجه لا يمحتمل الفسخ فكذا ثبوتها من وجه لان حق العتق لا يمحتمل الفسخ كحقيقته كالتدبير والاستيلاء بخلاف المكاتب الذى ادى بعض البديل لانه تحرير بعوض وبه لايتأدى الكفارة لانها عبادة فلا بد ان يكون خالصة لله تعالى ومتى كان بعوض لم يكن خالصا لانه يكون تجارة **قوله** والكتابة لاتنافيه اى لا تنافى الرق لان موجب الكتابة فك الحجر في حق المكاسب وذا لا يتمكن نقصانا في رقه كالأذن في التجارة وانما لم يستبد المولى بالفسخ لانه فك بعوض فيكون لازما والمكاسب غير الرقبة والتصرف فيها لازما او غير لازم لا يمكن نقصانا في الرق والملك كالاغارة والاجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه ويلزمه العقر والارش لان ذا يرجع الى المكاسب 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 بمحصول العتق ببديل لان يرضى بمحصوله 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 انما يسلم له الاكساب والاولاد لانه عتق وهو مكاتب لا لانه عتق بجهة الكتابة كما لو كانت ام ولد ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاء ويسلم لها الاكساب والاولاد * وهذا لان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من المولى يختلف جهاته وفيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفي حق المولى يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قص ذلك وهو كالمرة * * * اذا

(فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما) لانه يملك نصيب صاحبه بالضمن فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض * ولا يبي حنيفة رحمه الله ان نصيب صاحبه ينقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمن ومثله يمنع الكفارة (وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز) لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضعج شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك * وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله * واما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين (وان اعتق نصف عبد عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله) لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق 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 المتتابع 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 او نهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف لانه لا يمنع المتتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه * * * * * ولهما

اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء ويجعل هبتها في حق الزوج تحصيلاً لمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهية مبتدأة كذا في المبسوط او نقول الفسخ ضروري والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحريم للتكفير لافي حق الاولاد والاكساب لانه لا دلالة على الرضاء 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 الاعتاق لازالة الرق وملاك الرقبة فكما له بكما لهما وهما كاملان لما مر وانما خرج عن ملك اليد والاعتاق 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 الاعتاق 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 الاعتاق لا يتجزى عندهما * ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق يتجزى فانما عتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة وقد تمكن النقصان في النصف الاخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان وقع في ملك شريكه وليس من الاداء اذ لا اداء قبل الملك وبالضمن صار ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير وصار كانه اعتق عبد الاشياء منه * فان قيل المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى وقت وجود السبب فصار نصيب الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لافي ملك شريكه * قلنا الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لافي حق غيرها فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرها والكفارة غيرها فلم يجز * قوله فكفارته صوم شهرين متتابعين فان صام شهرين بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام بقير الاهلة ثم افطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه الاستيناف قوله ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق وينقطع المتتابع بتخلل هذه الايام قوله ليلا عامدا ليس بقيد لان العبد * * * * * والنسيان

* ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط
 ينعدم به فيستأنف وان افطر منها يوما بعذر او بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة
 (وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم) لانه لاملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال (وان
 اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه) لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه (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 اوقية ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت
 وسهيل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة
 الفطر * وقوله اوقية ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منامن بر او منوين من تمر
 او شعير جاز * * * * *

والنسيان في الليل سواء وقد نص عليه في شرح الطحاوي فقال ولو جامعها بالليل ناسيا او عامدا وقوله
 او نهارا ناسيا احتراز عن العمد فانه اذا جامعها بالنهار عامدا فسد صومه وانقطع التتابع فيجب عليه
 الاستيناف بالاتفاق لانقطاع 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
 اخلا وهما عنه فاذا وطئها فقتل تعذر صومها قبل التماس ولم يتقرر اخلا وهما عنه وبان سقط عنه احد الشرطين لعذر لا
 يسقط عنه الاخر وقد امكن اعتباره * فان قيل الخلو عن المسيس ثبت ضمنا لاشتراط القبلية وقد سقط اعتبارها في
 هذه المسئلة فسقط ما في ضمنها * قلنا لم يسقط اعتبارها في هذه المسئلة فان الحكم لا يتبدل بمعصية العبد
 بل الكفارة بعد ما جامعها مشروطة بشروطها الا انه لا يؤخذ بفعل عجز عن اقامته كما لا تؤخذ المرأة بالتتابع
 ايام الحيض في صوم شهرين متتابعين لانسقوط شرط التتابع بل لعجزها عن الاقامة مع قيام الخطاب حتى
 لزمها اقامة التتابع بسائر الوجوه التي يقدر عليها * ولما كان شرط القبلية قائما بقي مافي ضمنه من الخلو
 والسقوط كان بالعجز فسقط ما عجز عنه دون ما قدر عليه كالمرأة في اقامة شرط التتابع كذا في الاسرار
 * وذكر في شرح الطحاوي ان المرأة اذا صامت عن كفارة الافطار وكفارة القتل فحاضت في خلال ذلك
 فانها لا تستقبل الصيام ولكنها تصل ايام القضاء بعد الحيض لانها معذورة لا تجد صوم شهرين متتابعين لحيض
 فيها ولو نفست استقبلت ولو افطرت يوما بعد الحيض يستقبل ولو كانت تصوم عن كفارة اليمين فحاضت
 في خلال ذلك فانها تستقبل الصيام لانها تجد صوم ثلثة ايام لا حيض فيها ولو صام شهرين متتابعين ثم
 قدر على الاعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق ويكون صومه تطوعا لانه
 قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالمبدل فانتقض حكم المبدل كالمتميم اذا وجد الماء قبل الفراغ من
 الصلوة والافضل ان يتم صوم هذا اليوم ولو لم يتمه وافطر لا يجب عليه القضاء عندنا * وقال زفر رحمه
 الله يجب عليه القضاء ولو قدر على الاعتاق بعد غروب الشمس في آخر اليوم جاز صومه عن كفارته
 قوله وان ظاهر العبد الى قوله فلا يصير مالكا بتمليكه * فان قيل ينبغي ان يثبت العتق في
 ضمنه اقتضاء * قلنا انما يصح ذلك ان لو كان تبعا والعتق اصل الاهلية فلا تثبت اقتضاء قوله
 اوقية ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة اذا
 كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت 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 * * * * *

لحصول المقصود اذ الجنس متحد (وان امر غيره ان يطعم عنه من ظاهره ففعل اجزاه) لانه استقراض معنى والفقر قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تملكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا *

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 اعتبار له في غير المنصوص عليه * فان قيل يشكل على هذا ما لو كسا عشر مساكين ثوبا واحدا في كفارة اليمين جاز عن الطعام اذا كان قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام * قلنا لا يرد علينا ذلك لان المنصوص عليه هنالك في الكسوة والكسوة ما يحصل به الاكتساء وبعشر الثوب لا يحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المؤدى منصوصا عليه فيعتبر المعنى 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 باصناف الطعام واحد واعتبار عين المؤدى فيه اولى كذا في المبسوط

قوله لحصول المقصود اذ الجنس متحد اى من حيث الاطعام ورد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر * وانما علل 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 ارخص 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 ثلثة انواع لا غير ذكره في ايمان المبسوط واما اذا اعتق نصف رقبة وصام شهرا او اطعم ثلثين مسكينا لا يجوز لان نصف الرقبة ليس برقبة واكمال الاصل بالبدل غير ممكن فانها لا يجتمعان فكيف يتحقق اكمال احدهما بالآخر * فان قيل يشكل على قوله اذ الجنس متحد ما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منها 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 اضحيتهما جاز لان الشركة لا تمنع الاضحية كما في البدنة

قوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظاهره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى * وفي الكافي وان امر غيره ان يطعم عنه من ظاهره ففعل جاز لانه صار ملوكا منه اقتضاء وقد وجد القبض المتم للتمليك وهو قبض الفقير لانه يقبض له اولا نيابة عن الآخر ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تملكه منه كما لو امره صريحا بالقبض فيقبضه ثم امره بان يصرفه الى نفسه كفارة ولا يكون للمأمور ان يرجع على الامر في ظاهرا 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 استقراض معنى وقع على قول ابي يوسف رحمه الله **قوله** فان غداهم وعشاهم الرواية بالواو وعشاهم لا باو لان احدهما لا يجزى * وفي الكافي للعلامة النسفى رحمه الله وفي بعض نسخ الهداية فان غداهم غدائين او عشاهم عشائين * وفي المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما الغدان او عشان لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء * وفي المجرى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه اذا غدا ستين مسكينا وعشا آخرين لا يجوز ذكره في المحيط **قوله** قليلا كان ما اكلوا او كثيرا اى بعد ما شعروا فالمعتبر فيه الشبع لا المقدار * * * * * قوله

* وقال الشافعي رحمه الله تعالى 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 التمكن من الطعام وفي الاباحة ذلك كما في التملك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتملك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليتمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سدخلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره * * * * * وهذا

قوله وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التملك والاصل ان الاباحة تصح في الكفارات كفارة الظهر والافطار واليمين وجزاء الصيد والغدية دون الصدقات كالزكوة وصدقة الفطر والحلق عن الاذى والعشر فانه يشترط فيه التملك والضابط ان ما شرع بلفظ الاطعام والطعام تجوز 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 يذكر للتملك عرفا يقول الرجل لغيره اطعمتك هذا الطعام اى ملكتك والغرض دفع حاجة الفقير والتملك ادفع لحاجته واغناؤه وذا يحصل بالتملك دون التمكن * ولنا ان المنصوص عليه الطعام وحقيقة ذلك في التمكن من الطعام اذ الاطعام فعل متعد لازمه طعام اى اكل فالاطعام جعله آكلا كسائر افعال تعدت بالهمزة فاذا لم يكن مطاوعة ملكا لم يكن متعدية تملك * فمن شرط التملك فقد زاد على النص * فان قيل الاطعام لا يخلو اما ان يكون حقيقة للتملك والاباحة او تكون حقيقة لاحدهما مجازا للآخر او يكون مجازا لهما واياما كان لا تكون الاباحة مرادة لئلا 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 حوائج المساكين كثيرة والملك سبب لقضاها فصار التملك كقضاها كلها والاكل من هذه الحوائج 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 فيوجب التكفير بعين الثوب وانما يكون كذلك بالتملك دون الاعارة لانها تصرف في المنفعة فكان النص ثمة واقعا على التملك الذي هو قضاء لكل الحوائج فلم تصح تعديته الى جزئها وهو الاباحة وبخلاف الصدقات فان الواجب ثمة الايتاء والاداء وهما ينبئان عن التملك * واما صدقة الحلق على الاذى فعند محمد رحمه الله تعالى عليه يشترط فيها التملك لان المنصوص عليه الصدقة فينصرف الى التملك كصدقة الفطر وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه تجوز فيها الاباحة لانها كفارة فاعتبرت بسائر الكفارات قوله فان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه * وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا يجوز قوله * * * * * قوله

وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التملك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزئيه وقد قيل يجزئيه 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 لمعنى في غيره لا لعدم 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 رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يجزئيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما) له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه 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 عنهما كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر (ومن وجبت عليه كفارتنا ظاهر فاعتق رقبتين لاينوى 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 ابهما شاء وان اعتق عن ظهار وعن قتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر رحمه الله لا يجزئيه عن احدهما في الفصلين * وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد * وجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما الخروج الامر من يده

قوله وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التملك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزئيه * وذكر في المحيط وهو الصحيح لانه بعد ما استوفى وظيفته في هذا اليوم لا يحصل سدخلته تصرف وظيفة 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 لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام فيه مقام تجدد الحاجة تيسيرا * وقد قيل يجزئيه 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 يجزئيه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة كذا في المبسوط 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 يلغو واذا لغت نيته عددا لاتحاد الجنس بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى صالح كفارة واحدة لان نصف الصاع لبيان ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا كانتا جنسين لان نية التعمين معتبرة فاستقام وقوعه عنهما وبخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في المرة الثانية كمسكين آخر فاما اذا لم يفرق فقد زاد في الوظيفة فنقص عن المحل فلا يجزئيه 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 فمحل 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 وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة 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 والله تعالى اعلم بالصواب

باب اللعان

(قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة من يحذ قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان) والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم * والاستثناء

قوله ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو اراد به تعميم الجنس بالنية الا ترى انه اذا عين ظهار احدهما للتكفير صح ويبطل ظهارها حتى جازله قربانها كذا في الفوائد الظهيرية قوله وفي الجنس المختلف كما اذا عتقت عن كفارتى ظهار وقيل لا يجوز بعينه عن احدهما بعد ذلك قوله فنظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين * فان قيل اذ انوى ظهري من يومين فانه لا يجوز عن واحد وان اتحد الجنس قلنا انما احتج الى نية التعيين لكل يوم لان وقت الظهر من اليوم الثاني غير الاول حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب معلق بوقت يومين بل علق بدلوك الشمس والدلوك في اليوم الثاني غير الدلوك في اليوم الاول وفي رمضان علق بالشر وهو واحد فلا جرم يحتاج الى تعيين يوم السبت او الاحد حتى قالوا في قضاء يومين من رمضان يشترط التعيين ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة جنازة لم يكن شارعا في واحد منهما للتناهي وعدم الرجحان * ولو نوى ظهرا ونفلا لم يصير شارعا اصلا عند محمد رحمه الله لانهما يتنافيان وعند ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله يقع عن الظهر لانه اقوى * ولو نوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع او الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد رحمه الله في الكل لان النيتين بطلتا بالتعارض فبقى مطلق النية فصار نفلا * وعند ابي يوسف رحمه الله يقع عنه الاقوى لانه لما تعارضت النيتان وجب الترجيح بالاقوى وهو الفرض او الواجب * ولو نوى حج الاسلام والتطوع فهو حج الاسلام اتفاقا اما عند ابي يوسف رحمه الله فظاهر واما عند محمد رحمه الله فلان النيتين بطلتا بالتعارض فبقى مطلق النية وباطلاق النية يتأدى فرض الحج والله اعلم * * * * *

باب اللعان

هو مصدر من لاعن يلاعن ملاءنة ولعانا واصل اللعن الطرد * وفي الشرع عبارة عما يجرى بين الزوجين من الشهادات الاربع واللعن والغضب سمى الكل لعانا لما شرع فيها من اللعن كالصلوة يسمى ركوعا وسجودا لذلك * وركنه الشهادات الصادرة منها * وشرطه قيام الزوجية * وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبى * واهله من كان اهلا للشهادة عندنا وعند الشافعي رحمه الله من كان اهلا لليمين * وحكمه حرمة الاستمتاع كما فرغا من اللعن ولكن لاتقع الفرقة بنفس اللعن عندنا حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو كذب الرجل نفسه حل له الوطى من غير تجريد 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 الاعمييين او الفاسقين * قلنا هما من اهل الشهادة ولهذا لو قضى القاضى بشهادة هؤلاء جاز قوله والمرأة من يحذ قاذفها شرط ذلك في جانبها لانها وان كانت من اهل الشهادة فربما كانت ممن لا يحس قاذفها بان كانت زنت وحدت وقيل اذا كان معها ولد ليس له اب معروف لا يجب اللعان وان كانت من اهل الشهادة * * * * *

والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة ائدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعان لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لابد 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 بنفى الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطىء عن شبهة كما اذا نفى اجنبى نسيبه عن ابيه المعروف * وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاقد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقا فلا بد من طلبها كسائر الحقوق (فان امتنع منه هبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه) *

قوله والاستثناء انما يكون من الجنس استثنى انفسهم من الشهادۃ فثبت ان الزوج شاهد لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وعند الشافعى رحمه الله يمان مؤكدة بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة ائدهم اربع شهادات بالله فقوله بالله محكم في اليمين والشهادة يحتمل اليمين فانه لو قال اشهد كان يميننا فحتملنا المحتمل 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 حد الزنا في زعم الرجل لانه مهلك في حقا لانها كاذبة في زعم الرجل في شهادتها قوله لانه قائم في حقه مقام حد القذف حتى لو قذف امرأته مرارا فعليه لعان واحد كالحمد في حق الاجنبيات * فان قيل يشكل على هذا ما لو قذف اربع نسوة له 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 بينهما في كلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعضهم دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهم فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محودا في قذف كان عليه حد واحد لهن لان موجب قذفه لهن الحد ههنا والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات كذا في المبسوط * وانما خص الغضب في جانبها دون اللعان في المرة الخامسة لانهن يستعملن اللعان كثيرا على ما ورد به الحديث انكن يكثرن اللعان ويكفرن العشير فسقطت حرمة اللعان عن اعينهن فعسى هن يجترين على الاقدام لكثرة جرى اللعان على السنن وسقوط وقعته عن قلوبهن فاقيم الغضب مقام اللعان في حقهن ليكون ردعا لهن عن الاقدام قوله ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطىء جواب سؤال يريد به لا يقال جاز ان لا يكون ابنه ولا تكون زانية بان وطئت بشبهة فيكون الولد من غيره حقيقة والنافى صادق في نفيه لان هذه الشبهة غير معتبرة لانعدام الاجماع على انه لو نفاه اجنبى عن الاب المشهور يصير قاذفا مع وجود هذا الاحتمال * وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاقد ملحق به والملحق به عارض والاصل عدمه فنفيه عن الفراش الصحيح قذف به حتى تبين به الملحق به * * * * * قوله

(وهو خاطب إذا اكذب نفسه) عندهما * وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأييد * ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما كانا متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان (ولو كان القذف ينفي الولد نفى القاضى نسبه والحقه بامه) وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفى الولد وكذا فى جانب المرأة (ولو قذفها بالزنى ونفى الولد ذكر فى اللعان الامرين ثم ينفى القاضى نسب الولد ويحققه بامه) لما روى ان النبى عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن امية عن هلال والحقه بها وان المقصود من هذا اللعان نفى الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق * وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضى يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره (فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضى) لاقراره بوجود الحد عليه (وهله ان يتزوجها) وهذا عندهما لانه لما حد ام يبق اهلا للعان فارتفع بحكمه المنوط به وهو التحريم * * *

على الشرط وهو قوله ان امسكتها وقوله هى طالق كلام مستأنف قاله بعد اللعان يريد انه اوقع الثالث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولولم يكن النكاح قائما بعد اللعان لانكر على اعتقاده قيام النكاح بعد اللعان ولما حل له ان لايرد 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 يطالبها بما ساق اليها من المهر فقال له النبى عليه السلام اذهب فلا سبيل لك عليها ويدل على قيام النكاح ايضا بعد اللعان انه عليه السلام لا عن بين هلال وامرأته فلما فرغا فرق بينهما يدل على قيام النكاح بعد فراغهما من اللعان اذ التفريق بعد قيام الوصلة * فان قيل اريد به اظهر الفرقة بينهما * قلنا حقيقة لا حدات الفرقة لا لأظهارها **قوله** وهو خاطب إذا اكذب نفسه هذه مسئلة مبتدأة اى هذا الرجل اذا اكذب نفسه فى القذف صار خاطبا من الخطاب اى يجوز له ان يتزوجها كما لغيره يجوز ان يتزوجها * وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأييد فمجزز 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 اى مادام كافرا الا ترى ان المناق انما اذا اسلم يحمل الصلوة عليه وان نزل فى المناقين ولا تصل على احد منهم مات ابدا * فان قيل بعد الاكذاب يسمى متلاعنا فبئى داخل تحت النص * قائما بعد الفراغ من اللعان لم يبق التلاعن حقيقة لان ذحال تشاغلها باللعان كالمقابلين وكذا مجازا لانه انما سمي متلاعنا ما بقى 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 والا صار جمعا بين الاصل والخافى وبين الحدين **قوله** ويتضمنه القضاء بالتفريق اى القضاء بالتفريق يتضمن نفى الولد **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضى يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لا ينفى النسب عنه * وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى النسب كما بعد موت الولد **قوله** لانه ينفك عنه اى عن القضاء بالتفريق الا ترى انه اذا نفى ولدا من الولد يثبت النفى ولا يثبت اللعان ولا التفريق * ولو قال لامرأة يا ذانية ولها منه ولد يثبت اللعان ولا يلزم نفى الولد * * * * * **قوله**

(وكذلك ان قذف غيرها فحد به) لما بينا (وكذا اذا زنت فحدت) لانتهاء اهلية اللعان من جانبها (واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما) لانه لا يحق قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلان الزوج لقيامه مقامه (وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا) لعدم اهلية الشهادة (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه يتعلق بالصریح كحد القذف * وفيه خلاف الشافعی رحمه الله وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرى بها (واذا قال الزوج ليس حملك ممن فلا لعان) وهذا قول ابى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اللعان يجب بنفى الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا نيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف * قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس منى والقذف لا يصح تعليقه بالشرط (فان قال لها زנית وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا (ولم ينفي القاضى الحمل) وقال الشافعی رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا * ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحمل بطريق الوحي (واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب

الولادة او في الحالة التي تقبل التهنية وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولا عن به وان نفاه بعد ذلك لا عن ويثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يصح نفيه في مدة النفاس) لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة فصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة * وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنية او سكوته عند التهنية او ابتياعه متاع الولادة او مض ذلك الوقت وهو يمتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة * ثم

قوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به اى له ان يتزوجها لما بينا وهو قوله اذا حدلم يبق اهلاللعان قوله وكذا اذا زنت فحدت اى كان له ان يتزوجها هذا اذا تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم زنت لان حدها الجلد حينئذ لانه ليست بحصنة قبل الدخول ولا يمكن تصوير التزوج اذا كان اللعان بينهما بعد الدخول ثم زنت لان حدها الرجم قوله وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان * وفيه خلاف الشافعی وعند الشافعی رحمه الله يجب الحد واللعان لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق * ولكننا نقول لابد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد ولا يتأى التصريح باشارة الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكناية ولانه لابد من لفظ الشهادة في اللعان قوله حتى ان الناطق لو قال احافى مكان قوله اشهد لا يكون صحبا وكذلك ان كانت هي خرسا ولان قذف الخرسا لا يوجب الحد على الاجنبى لجواز ان يصدقه لو كانت تنطق ولا تقدر على اظهار هذا التصديق باشارتها واقامة الحد مع الشبهة لا يجوز كذا في المبسوط قوله لانا نيقنا بقيام الحمل عنده اى عند القذف فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء فيتحقق القذف في صورتين ولذا يثبت حكم الارث والوصية اذا ولدت لاقل من ستة اشهر قوله كانه قال ان كان بك حمل فليس منى ولو قال هذا لا يكون قذفا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط لانها متى لم تكن زانية قبل وجود الشرط لانصير زانية بوجوده لان المعلق بالشرط لا يكون قاذفا في الحال ولا يمكن تحقيق القذف عند الشرط لعدم كلامه حقيقة عنده * ولا يقال هذا ليس بعلم بل هو موقوف حتى يتبين في الثاني انه موجود عند النفي 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 الشافعی رحمه الله تلاعن قبل الوضع لانه قذفها حقيقة بنفى الولد * قلنا نفى الولد لا يكون بدونه ولا يعلم وجوده قبل الولادة فلعله ربيع او انتفاخ * * * قوله

ثم قد تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين (قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفي الاول واعترف بالثاني ثبت نسيهما) لانهما نوأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) لانه اكدب نفسه بدعوى الثاني (وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسيهما) لما ذكرنا (ولاعن) لانه قاذف بنفى الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا والله تعالى اعلم بالصواب

باب العنين وغيره

قال واذا كان الزوج عنيما اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود رض الله تعالى عنهم ولان الحنفى ثابت له في الوطى^٦ ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لاقفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة به ولم يصل اليها تبين ان العجز باقفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضى اضيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه * وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه 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 * *

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 النفى عند ابى هنيفة رحمه الله 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 اكدب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بشبوت النسب باق بعد نفى الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بائنا^٦ الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفى يثبت الاكذاب ويجب الحد فكذا هنا * فاجاب عنه ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة واما من هيئت الحكم فلاحق * ثم ان كان يجب الحد باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار الحقيقة فلا يجب الحد اما للشك في وجوب الحد واما للسعى في درء الحد عند الشبهة واما الترجيح جانب الحقيقة على الحكم لان الحقيقة حقيق بالعمل والله تعالى اعلم بالصواب

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 يميننا وشمالا ولا يقصده * وقيل سمي العنين عنيما لان ذكره يسترخى فيعن يميننا وشمالا ولا يقصد للمأتى من المرأة فالعنين هو الذي لا يصل الى النساء مع قيام الآلة او يصل الى الثيب دون الابكار او الى بعض النساء دون البعض * وانما يكون ذلك لمرض به او لضعف في خلقته او لكبر سنه او سحر فهو عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود فيؤجله الحاكم سنة لان حقها مستحق بعقد النكاح وطئا في الجملة لا في كل زمان والعدم في الحال لا يدل على العدم في الثاني من الزمان لان ذا قد يكون * لمرض

فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبله * ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يوِّجل سنة وان نكل نظر اليها النساء * فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لاحق لها وان نكل يوِّجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والحصى يوِّجل كما يوِّجل العنين لان وطئه مرجو (واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت) لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكرة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لاتخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها * * * * *

لمرض وذا لا يوجب الخيار وقد يكون خلقة وانما يتبين ذلك بالتأجيل سنة لان المرض غالبا قد يكون لغلبة البرودة او الحرارة او اليبوسة او الرطوبة وفصول السنة مشتملة على الرطوبة والحرارة واليبوسة والبرودة فعسى يوافق فصل منها طبعه فيزول ما به من المرض باعتماد الطبع فمتى مضت السنة ولم يزل فالظاهر انه خلقة وان حقها المستحق فات فيفرق بطلها لانه حقها * وذكر الامام قاضيخان فاذا وجدت زوجها عنيانا ولم تخاصم مازنا لم يبطل وكذا لو رفعت الامر الى القاضي واجله القاضى سنة فلم تخاصم زمانا بعد مضى الاجل لانها لاتقدر على الخصومة في كل وقت ولان ذا قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضاء ولو وطئها مرة ثم عجز لاخيار لها وكذلك لو لم يكن له ماء ويجماع ولا ينزل لا يكون لها حق الخصومة * ولو فرق بينهما بعدم الوصول ثم وعدها الوصول فتزوجها فعجز لاخيار لها لانها رضيت بخلاف ما لو تزوجت به اخرى وهي عالمة بحاله لا يكون رضا منها * وفي الاصل يكون رضا لانها رضيت بالمقام معه وان علمت بعد النكاح بحاله لا يبطل خيارها بطول مقامها معه لان الحق لا يبطل بالتأخير مالم يقل رضيت بالمقام معه * وفي ادب القاضى سأل الزوج القاضى ان يوِّجله سنة اخرى او شهرا او اكثر فانه لا ينبغي له ان يفعل ذلك الا برضاء المرأة فان رضيت ثم رجعت فلها ذلك ويبطل الاجل ويخير كذا ذكره الامام التمرناشى رحمه الله قوله فان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطى واختيارا فدار الحكم على سلامة الآلة قوله لما بينا من قبل اى في باب المهر حيث قال ^{عليها} وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا قوله فالتقول قوله والقياس ان يكون القول قولها لانها تنكر الوصول الا ان الزوج منكر في معنى ثبوت حق الفرقة بالتأجيل والعبارة للمعنى لالصورة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالتقول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة فكذا هنا قوله فان قلن هي بكر خيرت فالخصل ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخير * ثم كيف يعرف انها بكرام ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنق فثيب والافبكر * وقيل ان امكنها ان يبول على الجدار فبكر والافثيب وقيل يكسر البيض فيصب في فرجها فان دخلت فثيب والافبكر قوله لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكرة اذ البكرة 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 البكرة بشئ آخر فلم يثبت بشهادتهن الوصول فلهذا يحلف الزوج بخلاف البكرة فان بشهادتهن تثبت * * * * *

وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بهرضه ومرضاها لان السنة قد تخلو عنه (واذ كانت بالزوجة عيب فلاخبار للزوج) وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والمجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلوة والسلام فرمن المجنون وفرارك من الاسد * ولنان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لايجب الفسخ فاختلفاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات * * * * *

البكارة ومن ضرورتها عدم الوصول فلذا خبرت ولم يحتج الى شيء آخر وانما خبرت لانها قصدت بالنكاح ان يستغف ولا تحصل لها العفة بهذا الزوج وبغيره مع قيام هذا النكاح فلولم يخبر كان تعريضا لها على الزنا * وذكر في المبسوط واذ خبرها القاضي فاخترت الزوج واقامت من مجلسها واقامها اعوان القاضي او اقام القاضي قبل ان يختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزله تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقتها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابي فرق القاضي بينهما قوله وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح * واختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى عليه في المبسوط واختيار الامام قاضبخان والامام ظهير الدين رحمهما الله في التأجيل انه يقدر بسنة شمسية اخذا بالاحتياط فربما يكون موافقة الفلاح في الايام التي يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية * وفي شرح الطحاوي رحمه الله التأجيل بالسنة القمرية ظاهر الرواية والتأجيل بالشمسية رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله * وعن شمس الائمة الحلواني رحمه الله الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما * وفي الذخيرة يؤجل العنين سنة شمسية لأقمرية فالسنة الشمسية السنة بالايام والسنة القمرية السنة بالاهلة والشمسية تزير على القمرية باحد عشر يوما وشيء فيجوز ان يوافق طبعه هذه الزيادة فلا بد من اعتبارها ولا يحتسب بهرضه ومرضاها * وروى عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطع الجماع معه فان كان اقل من نصف الشهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك العنة 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 رحمه الله وان احرمت بحجة الاسلام لم يحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لا يقدر على ان يحملها الا ترى انها لو كانت محرمة خاصته 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 ما لم يكفر فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضي الى ذلك واحتسب عليه بتلك المدة لانه كان متمكنا ان لا يظهر منها * الجذام هو يشقق الجلد ويقطع اللحم ويساقطه والفعل منه جنم * والرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتفاق ذلك الموضع منها كذا في الصحاح * والقرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه اما غدة غليظة او لحمية مرتفعة او عظم وامرأة قرناء بها ذلك * وقيل العقلة وهي بالتحريك شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيهة بالادرة للرجل * وقيل نتمو في الرحم واختصم الى شريح في جارية بها قرن فقال اقعبوها فان اصاب الارض فهو عيب وان لم يصب الارض فليس بعيب قوله ولنان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لايجب الفسخ حتى يسقط شيء من المهر بالموت

والمستحق هو التمكن وهو حاصل (واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما في الحب والعنة بخلاف جانبها لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق * ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الحب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير محملة بها فافترقا والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب العدة

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

قوله والمستحق هو التمكن وهو حاصل اي التمكن من الوطى حاصل اما في المجذومة والمجنونة والبرصاء فظاهر واما في الرتقاء والقرناء فممكن بالشق والفتق قوله وقال محمد رحمه الله لها الخيار اذا كان على حال لا يطبق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول الى حقها بمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته محبوبا او عينينا ولكننا نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود وانما تقل رغبتها فيه ويتأذى بالصحة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سىء الخلق او مقطوع اليدين والرجلين بخلاف الحب 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 الجمال او البكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار لان قوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما في البيع * وبهذا تبين انه لا معتبر بتمام الرضاء في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شهوا لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعم الرضاء بهذه الصفة وانما يثبت في الحب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطى وهذه العيوب غير محملة به فافترقا والله اعلم بالصواب * * * * *

باب العدة

هي التربص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح او شبهته قوله قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يذكر قوله رجعيا في بعض النسخ ولا بد من ذكره ولم يذكر الدخول مع ان عدة الطلاق لا يجب الا بعد الدخول او الخلوة بناء على ان الاصل في النكاح هو الدخول ولان وجوب العدة من الفرقة في حال الحيوة انما كان بعد الدخول لاقبله وهو ظاهر فاستغنى بظهوره عن ذكره قوله او وقعت الفرقة بينهما بغير الطلاق وهي مثل الفرقة بخيار العتاقة وعدم الكفاءة وخيار البلوغ وملك احد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفاسد قوله لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء اراد المدخول بهن من ذوات الاقراء وهو خبر في معنى الامراى وليتربصن المطلقات واخراج الامر في صورة الخبر تأكيد الامر واشعار بانه مما يجب ان يتلقى بالمسارعة الى امثاله * وذكر الانفس تهيبج لهن على التربص وزيادة بعث لان انفسهن طوامع الى الرجال فامر ان يقمن انفسهن ويخبر بها على التربص كذا في الكشاف * قيل النص يتناول المطلقة ثلثا فما دونها * وقيل اراد به ما دون الثلث بدلالة قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فعلى الوجه الاول * * * * * التمسك

وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا * وقال الشافعي رحمه الله تعالى الاطهار واللفظ حقيقة فيها اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمها جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظة الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا اولانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود اول قوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به (وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر) لقوله تعالى **واللائى يئسن من المحيض من نسائكم الاية** (وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض) باخر الاية (وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها) لقوله تعالى **واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن** * * * * *

التمسك ظاهر في الطلاق الباين * وعلى الوجه الثانى نقول لما وجبت العدة لتعرف براءة الرحم ولقضاء حق النكاح فيما اذا انعقد سبب الزوال ولم يتحقق الزوال لان يثبت في موضع يتحقق الزوال اولى * وهذا لان حق النكاح ان يستدام ولا يزال والعدة تمنع الزوال فكانت الاستدامة بعد سبب الزوال قضاء لحقه وبيانا لخطره **قوله** وهذا يتحقق فيها اى التعرف عن براءة الرحم يتحقق في الفرقة بغير طلاق **قوله** والاقراء الحيض عندنا * وقال الشافعي رحمه الله الاطهار * وفائدة الخلاف تطهر فيما اذا طلق امرأته في طهر لم يجامعها فيه لانقض العدة ما لم يطهر من الحيضة الثالثة * وعنده كما شرعت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها واحتج بان الطلاق معقب للعدة فيجب ان يكون الزمان الذى يعقب الطلاق محسوبا من العدة **قوله** اذ هو من الاضداد دليل على انه حقيقة فيها فكان فيه قطع وهم انه مجاز في احدهما لان الطريق في المجاز المناسبة وبين الطهر والحيض مضادة فهو كالصريم يطلق على الليل والنهار **قوله** اما عملا بلفظة الجمع وهو القروء والجمع الصحيح هو الثلاثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لاعلى الطهر لان الطلاق يوقع في طهر وهو سنة * ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرينين وبعض الثالث فلم يكن ثلثا كوامل * وهذا مستقيم في جمع غير مقرون بالعدد كقوله تعالى الحج اشهر معلومات فاما في جمع مقرون بالعدد فلا بد من الكمال لان الثلثة اسم خاص للعدد معلوم لا يحتمل غيره **قوله** اول قوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فيلتحق بيانا به اى هذا الحديث يلتحق بيانا لمجمل الكتاب حيث قال وعدتها حيضتان ولم يقل طهران ولا خلاف ان عدة الامة نصف عدة الحرة لان اثر الرق في التنصيف لا في اصل العدة * وما يدل على صحة ما ذهبنا اليه قوله تعالى **واللائى يئسن من المحيض من نسائكم** ان ارنتم فعدتهن ثلثة اشهر فاقام الاشهر مقام الحيض دون الاطهار والنقل الى البديل انما يكون عند عدم الاصل كقوله تعالى فلم تجروا ماء فقيموا فهو تنصيص على ان المراد بالقرء الحيض * فان قيل الاصل اطهار هي قرء ولا وجود لها الا بالمحيض فان الطهر قبل الحيض لا يسمى قرء ولا انعدام لهذه القرء الا بانعدام الحيض فصار قوله يئسن من المحيض مجازا عن قوله يئسن من الاطهار التى هي قرء 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 نقل الى البديل فبين عدم القروء ولو كان المراد ما ذكره كان من حق الكلام ان يقال واللائى عد من القرء ليكون النقل بعدم عين ما شرع اصلا فلما جاء بعبارة اخرى علم انها لم تكن الا لفائدة زائدة وليس ذلك الا ما قلنا **قوله** وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض باخر الاية وهو قوله تعالى **واللائى لم يحضن اى والصغائر اللاتى لم يبلغن واللائى بلغن بغير الحيض كذلك يعتقدون ثلثة اشهر كذا في التيسير** **قوله**

(وان كانت امة فعدها حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تجزى فكمثل فصارت حيضتين * واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا (وان كانت لا تحيض فعدها شهر ونصف) لانه متجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق (عدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام) لقوله تعالى ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا (وعدة الامة شهران وخمسة ايام) لان الرق منصف (وان كانت حاملا فعدها ان تضع حملها) لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهله ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التى فى سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وهل لها ان تتزوج (واذا ورثت المطلقة في المرض فعدها ابعدا الاجلين) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بافنا او ثلثا اما اذا كان رجعا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لا يبيحون ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما يجب عدة الوفاة اذا زال النكاح في الوفاة الا انه بقى في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعى لان النكاح باق من كل وجه * ولهما انه لما بقى في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما * * * * *

قوله وان كانت امة فعدها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان * فان قيل النص الوارد في المطلقات عام وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد والقياس * ولهذا قال ابو بكر الاصم عدتها ثلثة اقرار * قلنا هذا حديث تلقته الامة بالقبول فدخل في حد المشاهير على ان الآية واردة في الحرائر لقوله تعالى عما آتيتوهن حتى تنكح زوجا غيره فيما افتدت به او نقول خص من قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء غير المدخول بها ولم يدخل في الآية الصغيرة والآيسة والحامل فخص موضع النزاع ولان العدة نعمة في حقهن لما فيه من تعظيم ملك النكاح وللرق اثر في تنصيف النعم لان استحقاقها بوصف الآية وقد اثر الرق في نقصانها فلا بد ان يؤثر ذلك في نقصان النعمة الا ان الحيضة لا تجزى ولا تنصف لانها تختلف في انفسها بين ان يكون ثلثة او اربعة الى عشرة والاكثر من الايام وان كان متيقنا غير ان وقتها مشكوك فيه فتعذر التنصيف فقلنا بالتكميل قوله عدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرا سواء كانت صغيرة او كبيرة كافرة او مسلمة موطوءة او غير موطوءة وان كانت حاملا فعدها ان تضع حملها وكان على رضي الله عنه يقول تعذر المتوفى عنها زوجها بابعدا الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشرا لتعارض النصين وهو قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فدخلت الحامل في عموم قوله تعالى ازواجا وقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فيجمع بينهما احتياطا لجهالة التاريخ * وعامة الصحابة رضي الله عنهم على ان عدتها بوضع الحمل لان قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ان يضعن حملهن نزلت بعد قوله تعالى والذين يتوفون منكم الآية فصارت ناسخة لتلك اذ العلم المتأخر يسخ الخاص المتقدم * وقال ابن مسعود رضي الله عنه من شاء باهله ان سورة النساء القصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء نزلت بعد التى فى سورة البقرة اى والذين يتوفون منكم والمباهلة الملاعنة مفاعلة من البهلة وهى اللعنة وكانوا اذا اختلفوا فى شىء اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الكاذب منا ومنكم قوله الا انه بقى في حق الارث لا في حق تغيير العدة فانما بقى في حق الارث بحكم الفرار لا باعتبار بقاء الزوجية وذا لا يلزمها عدة الوفاة الا ترى ان المرث 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 انما اورثناها باعتبار قيام النكاح بينهما حكما الى وقت الموت اذ لا بد من قيام سبب الارث عند الموت ليستحق الارث فاذا بقى النكاح في حق الارث حكما مع انه لا يثبت بالشك فلان يبقى في حكم العدة وهى تثبت بالشك اولى * * * * *

ولو قتل على رده حتى ورثته امرأته فعدها على هذا الاختلاف * وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر (فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي 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) ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا ان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة العجز الى المات كالفدية في حق الشيخ الفاني (ولو حاضت حيضتين ثم آيست نعتد بالاشهر) تحرزا عن الجمع بين البذل والمبذل (والمتكوهة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت) * * * * *

قوله ولو قتل على رده حتى ورثته امرأته فعدها على هذا الاختلاف * وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح لم يعتبر ثمه باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها مسلمة عند الموت والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الارث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض ولا تلزمها عدة الوفاة وهما استحقاق الارث عند الموت لا عند الطلاق فعلم ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما قوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا اذ شرط الخلفية تحقق الاياس وذا بالعجز الدائم الى الموت كالفدية في حق الشيخ الفاني فانها خلفت عن الصوم بشرط استمرار العجز مدة العمر * وقال صاحب المحيط لا تقدر في حد الاياس بالسن في رواية واباسها على هذه الرواية ان يبلغ من السن مبلغا تحيض مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح * وفي رواية يقدر بحمس وخمسين سنة على ما قالوا فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم باياسها 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 انها يكون حيضا اذا كان امر او اسود اما اذا كان اخضر او اصفر لا يكون حيضا لان كون هذا المرثى حيضا ثبت بالاجتهاد فلا يبطل الاياس الثابت بالاجتهاد * وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتى بانها لو رأت الدم بعد ذلك على اى صفة رأت يكون حيضا ويفتى ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاعتداد بالاشهر ولا يفتى ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالاشهر قوله ولو حاضت حيضتين ثم آيست نعتد بالاشهر نفاذيا عن الجمع بين الخلف والاصل * فان قيل بناء الخلف على الاصل يجوز الا ترى ان المصلى اذا سبقه الحدث وقد كان توشأ يتيمم ويبنى ان لم يجد ماء ومن عجز عن الركوع والسجود يومى ويبنى * قلنا الصلوة بالتيمم ليست بخلف عن الصلوة بوضوء وانما الخلف بين التراب والماء وبين الطهارتين ولا يكمل احدهما بالآخر وكذا الصلوة بالايماء ليست ببذل عن الصلوة بركوع وسجود لان بعض الشيء لا يكون خلفا عن كله فاما العدة بالاشهر فبذل العدة بالحيض فلا يكمل احدهما بالآخر * * قوله

لأنها للتعرف عن براءة الرحم للقضاء حق النكاح والحيض هو المعروف (وإذا مات مولى أم الولد عنها أو اعتقها فعديتها ثلث حيض) وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشاہت الاستبراء * ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فشاہت عدة النكاح * ثم امامنا فيه عمر رضى عنه فإنه قال عدة أم الولد ثلث حيض (ولو كانت من لاحتحيض فعديتها ثلثة اشهر) كما في النكاح (قال وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حمل فعديتها ان تضع حملها) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى * وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى عليه لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت * ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولأنها مقدره بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بمحدث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت ومقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحمل بعد الموت لان النسب ثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور (واذا طلق الرجل امرأة في حالة الحيض لم تعتمد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق) لان العدة مقدره بثلثة حيض كوامل فلا تنتقض عنها * قال

قوله لأنها للتعرف عن براءة الرحم للقضاء حق النكاح والمعرف هو الحيض * فان قيل لو كان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفى فيه بحيضة كما في الاستبراء * قلنا انما وجب التربص بثلثة اقراء في النكاح الصحيح لجواز ان تحيض الحامل اذ هو مجتهد فيه فلا يتيقن بالفراغ بحيضة فقدر بالثلث ليعلم فراغ الرحم اذ هو عدد معتبر في الشرع لابلاء الاعذار كما في شرط الخيار وقصة الاخيار والفاسد ملحق بالصحيح في حق ثبوت النسب فيقدر بالأقراء الثلثة صيانة للماء عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه كما قدرنا الصحيح بها * ثم المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود فإنه فاسد بالاتفاق بين علمائنا واما نكاح المحارم مع العلم بانها حرام فنكاح فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما * وفي الذخيرة 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 وبه يفتى واما الموطوءة بشبهة فهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها تجب عليها العدة وعلى الواطئ المهر على ما يجيء 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 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 الكبيرة اذا حدث لها الحمل بعد الموت يريد به اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر اذ لو كان على حقيقته بان جاءت به لتام سنتين فصاعدا تكون العدة بالاشهر لانه يكون من زنا فلا يتغير به حكم العدة قوله ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي فيما اذا كان قائما عند الموت وفيما اذا حدث بعد الموت * قوله

(قال واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منها جميعا فاذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية) وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كفى عن التزوج والخروج فلا تنداخلان كالصومين في يوم واحد * ولنا ان المقصود هو التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتنداخلان ومعنى العبادة تابع الاثرى انها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكفى (والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتداخل بقدر الامكان (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداءها من وقت وجود السبب

قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتنداخلان وقال الشافعي رحمه الله لا تنداخلان هذا اذا وطئها اجنبى بشبهة اما اذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع * وفي المبسوط وان كانت العدتان من واحد بان وطئ معتدته بعد البيونة بالشبهة فلا شك عندنا انها تنقضيان بمدة واحدة وهو احد قولى الشافعي رحمه الله وفي القول الآخر يقول لانجب العدة بالسبب الثاني اصلا * وحاصل الخلاف راجع الى ان ركن العدة الفعل ام ترك الفعل مع ان المقصود يحصل بالطريقتين وهو صيانة الانسان عن الاشتباه فعنده الركن هو الفعل وهو كفى المرأة نفسها عن البروز والخروج والتزوج باخر فيكون عبادة كالكفى عن قص الشهرين في الصوم لانها امرت بالتربص 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 فاذا بلغن اجلهن حتى يبلغ الكتاب اجله والاجال اذا اجتمعت تنقضى بمدة واحدة كرجل ثبت عليه ديون مؤجلة لانس فتتقضى بمدة واحدة وهذا لان التأجيل لتأخير ما كان يجب عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بعض الاجل هنا حل النكاح والخروج والتزوين فكان الثابت تأخير الحل الذي يثبت بمضيه وهو حرمة هذه الافعال فكان الركن حرمة هذه الافعال والاجال فان كثرت يتصور اجتماعها في العدم ولهذا وجبت بلا علم ويتأدى بلا قصد واختيار ولو كان الركن هو الفعل لما وجب بلا علم ولم يتأدى بلا قصد واختيار الاثرى ان الله تعالى قال ولا تغرموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن التزوج في العدة والثابت بالنهى حرمة الفعل لاوجوب الفعل بخلاف الصوم لان الواجب ثمة الفعل لانه امر بالصوم لقوله تعالى ثم اتم الصيام الى الليل والواجب بالامر الفعل * فان قيل الله تعالى قال والمطلقات يتربصن اى يكفنن والكفى فعل وهو اخبار في معنى الامر كما مر وقال فعدهن ثلثة اشهر امر بالاعتداد بالاشهر والاعتداد فعل * قلنا المراد بالتربص الانتظار لا الكفى يقال فلان يتربص قدوم فلان اى ينتظر والانتظار يكون بسبب الاجل ولانضايق في الانتظار كاشهر واحد ينتظر فيه حلول ديون وكيوم واحد ينتظر فيه قدوم اناس واما في الآية الثانية امر بالاعتداد بل المذكور هو العدة وهى مدة حرمة هذه الافعال والحرمات تجتمع فان الصيد حرام على المحرم في الحرم بل احرام والحرم حرام على الصائم لصومه ولكونه خمر او لحلفه ان حلف لا يشربها ومعنى العبادة تابع الاثرى ان عدتها تنقضى وان لم تكفى نفسها عن الخروج ولا يتصور اداء العبادة بدون ركنها ولان المقصود تعرف براءة الرحم وهو حاصل بالعدة الواحدة فتداخلنا وانما لم يكفى بمحضة واحدة وان حصل تعرف الفراغ بها لان الواحدة للتعرف والثانية لحرمة النكاح والثالثة لفيضلة الحرية ولو اکتفينا بالواحدة لم تحصل هذه المقاصد قوله لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة وقد نص في الاسرار ان سبب وجوب العدة

ومشايخنا رحمهم الله يفتنون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيًا لتهمة المواضعة (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الوطى^٤ على ترك وطئها) وقال زفر رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطى^٤ هو السبب الموجب * ولنا ان كل وطى^٤ وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكّن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطى^٤ لحفاؤه ومساس الحاجة الى الحكم في حق غيره (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين) لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالودع (واذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها

في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها انمام 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 ولدته ثم اعتقها * ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة * * ناب

نكاح متأكد بالدخول او ما يقوم مقامه مما يكمل المهر عند ثبوت ما يوجب الفرقة لا الفرقة فانها شرط فكله جعل الشرط المعمل للعلّة كالسبب قوله ومشايخنا رحمهم الله يفتنون في الطلاق ان ابتداءها من وقت وجود الاقرار نفيًا لتهمة المواضعة بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصية لها بشئ^٤ او يتواضعا على انقضاء العدة بان يتزوج اختها او اربعاً سواها او ربما تكون المرأة محرمة حرمة غليظة فيتواضعان على هذا الاقرار حتى يتمكن من التحليل في الحال ولا يجب عليها العدة * قال صاحب المحيط وغيره اذا اقر الرجل انه طلق امرأته منذ خمس سنين ان كذبه في الاسناد او قالت لا ادري تجب العدة من وقت الاقرار * قالوا هذا الجواب في النفقة والسكنى حتى تجب لها النفقة والسكنى اما في حق الزوج باختها او اربع سواها تعتبر العدة من وقت الطلاق * وقيل في حق الزوج باختها واربع سواها تعتبر العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانها الطلاق ولكن لا تجب لها نفقة العدة ومؤنة السكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوط حقها وينبغي على قول هو لاء ان لا يجعل الزوج بالاخذ واربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت الاقرار * وهكى عن الشيخ الامام ابي الحسن السفدى رحمه الله انه كان يقول ما ذكر محمد رحمه الله في الاصل ان العدة تعتبر من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامها ظاهر فلا يصدقان في الاسناد قوله ولان التمكّن على وجه الشبهة اقيم مقام الوطى^٤ لان الوطى^٤ امر خفي ولا ووقوف لغيره عليه والحاجة ماسة الى معرفة الحكم في حق غير الوطى^٤ وهو من يريد ان يتزوجها بعد انقضاء العدة فلا بد من اقامة الامر الظاهر مقامه ليدار الحكم عليه كما في الاخبار عن المحبة والحيض وكما في السفر فاقمنا التمكّن مقامه تيسيراً بخلاف المتاركة والعزم على ترك الوطى^٤ والاخبار بعزمه والمتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون الا ان يقول تركتك او خليت سبيلك ولا يكون بعدم محي^٤ احداهما الى صاحبه قوله فتحلف كالودع اى اذا ادعى الودع رد الوديعة او هلاكها يحلف ان لم تكن له بينة قوله كما لو اشترى ام ولدته اى منكوحته التى ولدت منه ثم اعتقها فيجب عليها ثلث حيض حيضتان من النكاح فيهما ما يجتنب المنكوحه من الخروج والبروز والتزوين وحيضة من العتق لا يجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت

ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول * وقال زفر رحمه الله لاعدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب * وجوابه ما قلنا (واذا طلق الذمي الزمته فلا عدة عليها

وكذا اذا خرجت الحربية اليها مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله وقال عليها وعلى الزمته العدة) اما الزمته فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح * وقول ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا كان مهتد بهم انه لاعدة 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 لاجنح عليكم ان تكسوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بنى آدم والحربى ملحق بالجماد حتى كان محلا للملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب * وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز نكاحها ولا يبطأها كالحبلى من الرضا والاول اصح * * *

العدة الا ترى انه لا يجوز ان تزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حق المانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت هيضتان لفساد النكاح وهما معتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد كذا في الايضاح قوله ناب ذلك القبض وهذا لان الاصل ان القبض المضمون ينوب عن القبض المضمون فاذا جدد النكاح ينوب ذلك القبض عن القبض المستحق بالنكاح الثاني كالغاصب اذا اشترى المغصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق بالعقد فيكون الطلاق بعد القبض المستحق بالعقد الثاني يوجب كمال المهر 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 اشتراه من مالك يصير قابضا بمجرد الشراء والثاني ان استدانة القبض لامعتبر به في افادة القبض بدليل ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الشراء ولو كان استدانة القبض معتبرا في حق القبض بالشراء وجب ان يصير المودع قابضا بالشراء كالغاصب ولا يتفاوت الحكم بين ان يكون المشتري غاصبا او مودعا قوله المغصوب الذي في يده اى لم يردده الى المالك ولا يشترط ان يكون في يده وقت الشراء لانه ما لم يردده الى المغصوب منه كانه في يده ولهذا لو اشترى وهو في يد آخر قائم يصير قابضا بالشراء

قوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول * لا يقال لو كان هذا طلاقا بعد الدخول لما وقعت البيئونة بصريح الطلاق بعد النكاح الثاني كما لا تقع البيئونة فيما اذا وجد الوطى حقيقة بعد النكاح * لانا نقول انما جعلنا هذا طلاقا بعد الدخول في حق تكميل المهر والعدة لافي حق جميع الاحكام كما ان الحلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول في حق تكميل المهر ووجوب العدة لافي حق جميع الاحكام حتى ان صريح الطلاق بينهما بعد الحلوة 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 المهر بالاتفاق قوله واما المهاجرة فوجه قولها ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر نحو الموت ومطواعة ابن الزوج قوله بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها اى في دار الحرب لا تجب عليها العدة بالاتفاق لعدم تبليغ الخطاب لانها في دار الحرب قوله وله قوله تعالى * * * ولا

فصل

(قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحمد على ميت فوق ثلثة ايام الاعلى زوجها اربعة اشهر وعشرا * واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لاحداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفي بعدها الى ممانه وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته * ولنا ما روى ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميئا قبل الابانة لا بعدها (والحداد) ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير الطيب الا من عذر) وفي الجامع الصغير الامن وجع * والمعنى فيه وجهان * اهدهما ما ذكرنا من اظهار التأسف * والثاني ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم * وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتمال والدهن لايبرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه (قال الا من عذر) لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع * * * * *

ولاجناح عليكم ان تكفوهن فقد اباح لنا نكاح المهاجرة بنفس الهجرة * فمن قال لا يحل ما لم تحيض ثلث حيض بعد الهجرة فقد زاد على النص ثم وضع المسئلة في المهاجرة المسلمة والحكم في الزميمة كذا ذكره الامام التمر تاشى رحمه الله خرج احد الزوجين اليها مسلما او ذميا او مستأمنا ثم اسلم اوصار ذميا والآخر على حربه ثمه فقد زالت الزوجية * ثم ان كانت المرأة هى الخارجة فلا عدة عليها * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليها العدة ولانفقها لها وان كان الخارج هو الرجل فله ان يتزوج اربعا سواها وفيهن اختها والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل

قوله وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحمد على ميت فوق ثلثة ايام الاعلى زوجها اربعة اشهر وعشرا * التمسك بالحديث في ايجاب الاحداد مشكل لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لانه استثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال ولا كلام فيه انما الكلام في الايجاب والحديث لا يدل عليه * واجيب بان قوله لا يحل نفى لاحلال الاحداد ونفى احلال الاحداد نفى الاحداد فيكون الاستثناء اثباتا للاحداد فصار التقدير لانحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الاعلى زوجها فانها تحمد عليه اربعة اشهر وعشرا * وقد روى هذا الحديث في الصحيح والمبسوط لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحمد على ميت فوق ثلثة ايام الاعلى زوجها فانها تحمد عليه اربعة اشهر وعشرا * ووجه التمسك به على هذا الوجه ظاهر فانه اخبار عن احداها والاخبار في 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 الزوجة لان نعمة الزوجية مشتركة بينهما قلنا الحد واجب الاتبع للعدة وهى عليها الاعلى فلو وجب الحد اعليه لوجب * * * * * قصدا

وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) لما روينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران) لانه نفوح منه راحة الطيب (قال ولا حداد على كافرة) لانها غير مخاطبة بمحقوق الشرع (ولا على صغيرة) لان الخطاب موضوع عنها (وعلى الامة الاحداد) لانها مخاطبة بمحقوق الله تعالى ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته (قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد) لانها ما فانها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل (ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لانواعدهن سرا الا ان تقولوا قولاً معروفاً وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضى الله عنه التعريض ان يقول انى اريد ان تزوج وعن سعيد بن جبير رضى الله عنه في القول المعروف انى فيك لراغب وانى اريد ان تجتمع (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ولا تنبت في غير منزلها) اما المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة * قيل الفاحشة نفس الخروج * وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لانفقة لها فتحتاج الى الخروج نهاراً لطلب العاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها * * * * * حتى

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 فانكم ولا تفرحوا بها اناكم * قلنا المراد بها الفرح مع الصباح والاسى مع الصباح كذا عن ابن مسعود رضى الله عنه موقوفاً ومرفوعاً الى النبي صلى الله عليه وسلم وعلى المختلعة الحداد لان وجوبه يدور مع فوت نعمة النكاح وقد فانت وان طلبت الخلاص منه حيث افتدت نفسها بالمال قوله وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه بان كانت بها حكمة قوله ولا حداد على كافرة الحداد لا يجب على خمس نسوة المطلقة طلاقاً رجعياً والمعتدة عن نكاح فاسد والكتابية 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 تنقض عدتها على ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدى الى توجه خطاب الشرع بخلاف الحداد * فان قيل وجب ان يؤمر وليها بالمنع عن الخروج كما يؤمر بمنعها عن محرمات الشرع * قلنا في 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 التي اخرج لعباده اى من الثياب وما يتجمل به والاستفهام لانكار تحريم هذه الاشياء قوله ولا بأس بالتعريض في الخطبة ذكر في النهاية اراد به المتوفى عنها زوجها لان التعريض لا يجوز للمطلقة لانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلاً فلا يتمكن عن التعريض لها على وجه يخفى على الناس فاما المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج نهاراً فيمكنه التعريض لها على وجه لا يقف سواها كذا في شرح التأويلات * والتعريض ان يذكر شيئاً يدل به على شىء لم يذكره قوله ولكن لانواعدهن سرا اى فاذكروهن ولكنه لا تواعدهن سرا اى وطئاً لانه مما يسر الا ان تقولوا قولاً معروفاً وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدهن اى لانواعدهن مواعدة قط الامواعدة معروفة كذا في الكشاف * * * * * قوله

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) لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه ولهذا لوزارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه قال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكنى في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله (وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت) لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعتذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما يوعده (ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس بتركها) لانه معترف بالحرمه 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 الحملولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فتخرج) والاولى خروجه (قال واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها في غير مصر فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها) لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وان كانت مسيرة ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شات 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 (قال 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 رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من مصر قبل ان تعتد * لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى القرية او وحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالحرم * وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى والله تعالى اعلم بالصواب * باب

قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا * ولو اختلعت على ان لاسكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها ان تكتري بيت الزوج فاما ان يحمل لها الخروج فلا * وعن محمد رحمه الله انه قال المتوفى عنها زوجها لا بأس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل قوله ولهذا لوزارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها اى من غير تأخير وكذا لو كان معها زوجها قوله ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلث لا بد من سترة بينهما يعنى اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد وكذا هذا في الوفاة اذا كان من ورثته ليس بمحرم لها كذا في المبسوط قوله ثم لا بأس اى بالمساكنة بعد اتخاذ السترة قوله والاولى ان يخرج هو ويتركها لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه ليس بواجب فكان انتقاله اولى واذا انتقلت كان تعيين الموضع الذي ليس تنتقل اليه الى الزوج وفي الوفاة تعيينه اليها قوله في غير مصر اى في مغارة قوله فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها اى سواء كان بينها وبين المقصد مدة السفر او دونه قوله الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر ليس بشرط وكذا الحكم في قرية تقدر على المقام بها والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب

باب — ثبوت النسب

(ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولد الستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر)
 اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لسته اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من
 وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالفها فوافق الانزال النكاح
 والنسب يحنط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل وطئا حكما فتأكد المهر به (ويثبت نسب
 ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها) لاحتمال العلوق في حالة العدة
 لجواز انها تكون ممتدة الطهر (وان جاءت به لاقل من سنتين بانث من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه)
 لوجود العلوق في النكاح او في العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده
 فلا يصير مراجعا بالشك * * * * *

باب — ثبوت النسب

قوله فولدت ولدا لسته اشهر اى 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 حكمنا انه لاعدة عليها لانها
 مطلقة قبل الدخول والحلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق
 بخلاف ما اذا جاءت به لسته اشهر من وقت التزوج لانها لما جاءت به لسته 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 اضعاء الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق
 الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعدا 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 كلامها فوافق الانزال النكاح فيكون العلوق حاصلًا 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 رحمه الله مهر ونصف مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر
 فبالدخول * وذكر الامام التمر تاشى رحمه الله عن نصير رحمه الله تزوج امرأة في حال ما يبطأها فعليه مهران
 مهر بالزنا لانه سقط الحد حين تزوجها قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الحلوة * وفي المنتقى
 لا يكون به محصنا وفي شرح ابي اليسير ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا
 يجب عليهما الحد ويجب المهر * وقالوا يجب عليهما وفي جمع النسقى 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 الرجعى لا
 يحرم الوطى والاصل في الحوادث ان يضاف 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 فيصير بالوطىء 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 فجاثت

بولد لتسعة اشهر لم تلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله 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 فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلفى والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهي سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين) وقال زفر رحمه الله اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعيين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة * الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم 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 باطلاه يتناول كل معتدة * * * * *

قوله وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانقضاء الزنا منها * فان قيل يحتمل 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 خالطها فطلقها فوافق الانزال الطلاق مع ان اول الفعل هنا واقع في الملك * قلنا ما ذكرنا من الاحتمال وتصوير طريق متعين لحمل امرها على الصلاح لانه لو لم يثبت النسب من الزوج فلا بد ان يحتمل على انه من زوج آخر قبله لانه لاصلاح في ان يحتمل انه من الزنا واذا حمل انه من زوج آخر قبله يكون هذا النكاح فاسدا لانها تكون حينئذ منكروحة او معتدة وفي الوجهين حمل امرها على الفساد بخلاف المبتوتة لانه يحتمل انها انقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر لكنه لم يظهر ذلك ولافساد فيه فيحمل عليه قوله فيمضيها يحكم الشرع بالانقضاء * لا يقال في هذا قطع النسب * لانا نقول النسب لا ينقطع بالشك اذا وجد سبب النسب وفيما قلتم 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 اى معتدة كانت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر اى 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

(وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابيحنيفة رحمه الله 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 رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فیتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح * ولا يحنيفة رحمه الله تعالى ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداءً 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 وفات فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعاً) 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 لفظه الشهادة * وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط (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 لسته اشهر فصاعداً يثبت نسبه منه اعترف به الزوج اوسكت) لان الفراش قائم والمدة تامة (فان جمعد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج بلاعن) لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه * * * * *

له من حق النسب فيرد * قلنا يجوز ابطال حق الغير بقول الامين اذا لم يصر مكذبا كما لو اخبرت بمضى العدة بالحبيص فانها تصدق وان تضمن ابطال حق الزوج في الرجعة قوله واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابيحنيفة رحمه الله تعالى الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان سواء كانت المعتدة هذه مطلقة طلاقاً رجعياً او مبتوتة او متوفى عنها زوجها ولا يقضى بشهادة القابلة الا اذا كان الزوج قد اقر بالحبل او كان الحبل ظاهراً وعندهما يقضى بشهادة القابلة اذا كانت مسلمة حرة عدلة * ولا يقال كيف تقبل شهادة الرجال ههنا ولا يجعل لهم النظر الى العورة * لانا نقول انهم لا يقولون نعدنا النظر وانما وقع ذلك اتفاقاً او دخلت المرأة بين يدي الشهود بيتاً بعد ما علموا انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولدته ثم عند الحاجة الى ان تحمل الشهادة يباح النظر للرجال كما في الشهادة على الزنا والحاجة تتحقق اذا لم يكن هناك مؤيد قوله فان كانت معتدة عن وفات فصدقها الورثة ومعنى التصديق هو ان يقر جميع الورثة فيشاركهم باقرارهم واقربيه جماعة بقطع الحكم بشهادتهم فان صدقها 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 الناس 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 بناءً لا يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة ووقف المنقول بناءً على وقف العقار قوله لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف * هذا جواب سؤال يرد على قوله حتى لو نفاه الزوج بلاعن وهو ان يقال ان ثبوت اللعان بناءً على شهادة القابلة واللعان قائم مقام الحد فينبغي * * * * *

(فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه) لان الظاهر شاهد لها فانها تكد ظاهرا من نكاح لامن سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ايحنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق) لان شهادتها حجة في ذلك قال صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جافزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يمتنى عليها وهو الطلاق * ولا يحنيفة رحمه الله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها (وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ايحنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا * ولا يحنيفة رحمه الله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة (قال واكثر مدة الحمل سنتان) لقوله عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين * * * * *

ان لا يجب لان شهادة النساء غير معتبرة في الحدود * فاجاب عنه بان القاذف نفى 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 منكوحته بالزنا فلم يكن لشهادة القابلة اثر لا في 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 متعمدا وجبت الكفارة عليه والكفارة في الافطار تجرى مجرى الحد حيث يندرى بالشبهات قوله فان ولدت ثم اختلفا الى قوله لان الظاهر شاهد لها * فان قيل الظاهر شاهد له لان الحوادث تضاهى الى اقرب الاوقات وجودا والنكاح حادث قلنا النسب مما يحتاط فيه فمتى تعارض الظاهر ان وجب اثباته الا ترى ان النسب يثبت بالايماء وسافر 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 بفسد لا محالة 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 لحما فشهد مسلم عدل انه ذبيحة مجوس قبلت شهادته في حق حرمة الاكل ولا يثبت كون الذابح مجوسيا في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد قوله ولا يحنيفة رحمه الله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة لان الولد الكائن في الرحم لا يخرج عن الخروج لامحالة حيا او ميتا فالتعليق بالولادة بعد الاقرار بالحبل تعليق بامركاؤن لامحالة فتقبل قولها فيه كما اذا علق طلاقها بالحيض بل اولى لان الولد الكائن في الرحم يولد لامحالة واما الحيض فبناء على العادة قوله واكثر مدة الحمل سنتان وقال الشافعى رحمه الله اربع سنين لان الضحاك ولدته امه لاربع سنين بعد ما نبتت ثنيتها وهو يضحك فسمى ضحاكا * * * * *

ولو بظل مغزل (واقله ستة اشهر) لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقى للحبل ستة اشهر * والشافعي رحمه الله تعالى عليه يقدر الاكثر باربعة سنين والحجة عليه ما روينا والظاهر انها قالته سمعا اذ العقل لا يهتدى اليه (ومن تزوج امه فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والام يلزمه) لانه في الوجه الاول ولد المعتدة 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 باثنا او خلعا او رجعا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء (ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة 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 وهو ابنه ترثانه) 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 فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح * وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها) لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث والله تعالى اعلم بالصواب *

قوله ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حال الدوران لان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال والغرض تقليل المدة * وفي بعض الكتب ولو بفلانة مغزل ذكر في المغرب هذا على حذف المضاني وقد جاء صريحا في شرح الارشاد ولو بدور فلانة مغزل وهو مثل في الدوران والغرض تقليل المدة وبقاء الولد في بطن امه اكثر من سنتين في غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع انه لا اصل لما يحكى 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 امه فطلقها ثم اشتراها اي طلقها بعد الدخول اذ لو كان قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة اشهر منذ فارقتها قوله لانه لا تحل بالشراء فان قيل وجب ان تحل لاطلاق قوله تعالى او ما ملكت ايماهم * قلنا وجب ان لا تحل لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلق الثانية في الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم اولى بالاعتبار قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لسته اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلى بعد قول المولى فلم يكن المولى مدعيها هذا الولد بخلاف الفصل الاول لتيقننا بقيام الولد في البطن وقت الاقرار وانما يثبت النسب لقيام الفراش بقوله ان كان في بطنها ولد فهو مني والحاجة الى تعيين الولد وذا يثبت بشهادة القابلة اجماعا قوله فهي امرأته وهو ابنه ترثانه * فان قيل ينبغي ان لا ترث المرأة لما ان هذا النكاح ثابت بطريق الاقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهي نصحيح النسب دون الارث * قلنا النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع من نكاح وهو سبب لاستحقاق الارث ونكاح هو ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا بطريق الاصل بخلاف نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض لامن الاصول فلا يرد نقضا والله تعالى اعلم بالصواب * * * باب

(فاوليهم اقربهم تعصيبا) لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لاتدفع الى عصبه غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزاعن الفتنة (والام والمجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغنى فياً كل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء* ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف* والحصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب (والام والمجدة احق بالجارية حتى تمحيض) لان بعد الاستغناء يحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى * وعن محمد رحمه الله تعالى عليه انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة (قال ومن سوى الام والمجدة احق بالجارية حتى تبلغ حد انشئته وفي الجامع الصغير حتى تستغنى) لانها لاتقدر على استخدامها ولهذا لاتواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والمجدة لقدرتهما عليه شرعا (قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة) في حق الولد لانها حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى (والذمية احق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان او يخاف عليه ان يألف الكفر) للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده * * ولاخيار

بعد الاخت لاب الى بنت الاخت لاب وام ثم الى بنت الاخت لام ثم الى الحائلة وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان الاخت تدلى بمن له حق الحضانة واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والحالات فبمعزل من حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية **قوله** فاوليهم اقربهم تعصيبا واذا اجتمع اخوة لاب وام فافضلهم صلاحا وورعا احق به لان ضمه الى اقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى ابيهم صلاحا انفع للولد لانه يتخلق باخلاقه وان كانوا في ذلك سواء فاكبرهم احق لقوله عليه السلام الاكبر الاكبر **قوله** غير ان الصغيرة لاتدفع الى عصبه غير محرم * وذكر الامام الثمري رحمه الله فان لم يكن احد من العصبه تدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة رحمه الله ثم الى ذوى الارحام الاقرب فالاقرب * وقال محمد رحمه الله للاحق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة يحضنه حتى يستغنى * وعنه انه يثبت لهم الحق ولا حق لغير المحرم في حضانة الجارية ولاللام التي ليست بمأمونة ولا للعصبه الفاسق على الصغير * وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله واذا لم يكن للصغير عصبه يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الحال لاب وام ثم لاب لام لان لهؤلاء ولاية عند ابي حنيفة رحمه الله في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات لاتدفع الاثنى ولو كان في الاعمام من لا يؤمن هلى صبي وصبيبة لفسقه ليس له حق الامساك **قوله** اعتبارا للغالب لان الغالب ان الصبي اذا بلغ سبع سنين تستغنى عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجى وحده قال عليه السلام مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا والامر بالصلوة لا يكون الا بعد القدرة على الطهارة **قوله** يحتاج الى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ وغسل الثياب * وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق بها * وذكر في غياث 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 في قولهم جميعا **قوله** لانها لايقدر على استخدامها اي سوى الام والمجدة من الاقرباء * مثل

(ولا خيار للغلام والجارية) وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير * 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 * واما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوق 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 عرفاً وشرعاً قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذمياً وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان الزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق * وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه * * * * *

مثل الاخوات والحالات والعمات لا يقدرن على استخدام الصغير * وذكر في الاقضية ان تعليم الاداب انما يحصل بالاستخدام واستخدام الصغير لا يحل بغير الام والجدة فلا يحصل معنى التعليم قوله ولا خيار للغلام والجارية * وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا كان مميزاً يخبر بين الابوين فيكون عند من يختار منهما ويستوى في هذه الغلام والجارية لما روى ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني ونفعتني فقال عليه السلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت به قوله او يحمل على ما اذا كان بالغاً فانها قالت نفعتني وسقاني من بئر ابي عتبة وتلك البئر لا يستقى منها الا بالغ * ثم الغلام اذا بلغ رشيداً فله ان ينفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مخوفاً عليه مفسداً * واما الجارية اذا كانت بكراً فللاب ان يضمها الى نفسه وكذا الاخ والعم الا ان يكونا مفسدين فتوضع عند امرأة ثقة وان كانت ثيباً لها ان تنفرد بالسكنى وتنزل حيث شاءت الا ان تكون مخوفة على نفسها فيضمها الاب اليه وان كانت البكر قد دخلت في السن واجتمع لها رأبها وعقلها واخوها وعيها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث شاءت في مكان لا يتخوف عليها لان الضم كان لحوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال حين دخلت في السن واجتمع لها عقلها ورأبها والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

قوله واذا ارادت المطلقة اي بعد انقضاء العدة قوله من تأهل ببلدة فهو منهم اي حكمه حكمهم حتى ان عمر رضى الله عنه لما دخل مكة اتم صلواته فقيل له خالفت السنة فقال لم اخالق وتمسك بهذا الحديث وقال تزوجت بمكة فصرت من اهلها قوله ولهذا يصير الحربي به ذمياً هذا على ظاهره غير صحيح فانه ذكر في السير الكبير ان الحربي اذا دخل دارنا بامان فتزوج ذمياً لم يصير ذمياً لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزماً بالمقام * وقيل لم تكن هذه الجملة في نسخة قوبلت مع نسخة المصنف * وقيل في بعض النسخ وانما لا يصير الحربي به ذمياً لانه يعارضه ما هو اقوى منه وهو الانفقة من قبول الجزية * وقيل اراد الشخص الحربي وهي الحربية فانها بالتزوج تصير ذمياً * ولهذا وقع في بعض المواضع ولهذا تصير الحربية به ذمياً * وقيل يرجع الضمير في به الى التزلم المقام قوله اشار في الكتاب اي في مختصر القدوري 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

كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد * ووجه الاول ان التزوج في دار
الغربة 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 للوالد ان يطالع ولده ويبين
في بيته فلا بأس به (وكذا الجواب في القريتين 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 والله تعالى اعلم بالصواب

باب النفقات

(النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في 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 * * * * *

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 ينتقل بالاولاد بانتقال الروايات كذا
ذكره الامام الكسائي رحمه الله تعالى 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 لا في مكان العقد وان لم يعلم بذلك فهو بالخيار ان شاء سلمه في مكانه وان شاء فسخ العقد
* ولونعين مكان العقد لما كان للمشتري الخيار * ذكر في شرح الطحاوي ولو ارادت الانتقال من دار الاسلام
الى دار الحرب ليس لها ذلك وان كان اصل 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 قرية من مصر والله تعالى اعلم بالصواب

باب النفقات

قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها في منزله قال بعض
المتأخرين اذا لم تزق الى بيت زوجها لانستحق النفقة وهو رواية عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه
* 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 ليستوفي مهرها فلها النفقة
واما اذا كان الامتناع بغير حق بان كان او فاهها المهر او كان المهر مؤجلا او وهبته منه فلا نفقة لها
قوله * * * * *

فكل من كان محبوباً بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات * وهذه الدلائل لأفصل فيها فيستوى فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر في ذلك حالهما جميعاً) قال رضى الله عنه وهذا اختيار الحنفى رحمه الله وعليه الفتوى وتفسيره أنها إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وإن كانا معسرين فنفقة الأيسار وإن كانت معسرة والزوج موسراً فنفتقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات * وقال الكرخى رحمه الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته * ووجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تنفقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة * ونحن نقول بموجب النص إنه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته * ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعى رحمه الله أنه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لأن ما وجب كفاية لا يقدر شرعاً في نفسه (وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلاً فائت (وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزلها) لأن فوت الاحتباس منها وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين * وقال الشافعى رحمه الله لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين * ولنا

قوله فكل من كان محبوباً بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه * ولا يرد على هذا الكلى الرهن فإنه وإن كان محبوباً بحق مقصود للمرتن وهو الاستيثاق وإن يكون أحق به من سائر الغرماء فكان تجب نفقته على المرتن لكن يحصل مقصوده أيضاً وهو أن يكون موفياً دينه عند الهلاك قوله ويعتبر في ذلك حالهما إلى قوله وفوق نفقة المسرات فإذا كان الزوج موسراً مفرط اليسار نحو أن يأكل الحلواء والحمل المشوى والباجات والمرأة فقيرة بان كانت تأكل في بيتها خبز الشعير يطعمها فيما بين ذلك خبز البر وباجة أو باجتين وكذلك إن كانت موسرة والزوج معسر * وقال الكرخى رحمه الله وهو ظاهر الرواية يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعى رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته * ووجه الأول قوله عليه السلام لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها والنص يقتضى اعتبار حاله فيعتبر حالها عملاً بهما وكل جواب عرفته في النفقة من اعتبار حاله أو حالها فهو الجواب في الكسوة قوله والباقي دين في ذمته أى بالقضاء أو التصالح قوله وإن نشزت فلا نفقة لها * فإن قيل النص مطلق * قلنا خص بدلالة النص لأن الله تعالى أمر في حق الناشئة بمنع حقها في الصحبة لقوله تعالى واهجرهن في المضامع وهى مشتركة بينهما فلان لا تجب النفقة وهى مختصة بها أولى والناشئة هى الخارجة عن منزل الزوج المانعة نفسها منه بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم ولو كان المنزل ملكها فمنعته من الدخول عليها لأن نفقة لها لأنها ناشئة إلا أن تكون سألتها أن يحولها إلى منزلها أو يكتري لها منزلاً لأن الامتناع هنا فوات بمعنى منه ولو كان السكنى في أرض الغصب فامتنعت منه لها النفقة لأنها ليست بناشئة قوله وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها أى لا يوطأ مثلها وإن كانت مثلها توطأ فلها النفقة والاحتباس ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع أو الدواعى * إلى

* ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة (وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطى وهى كبيرة فلها النفقة من ماله) لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمحبوب والعنين (واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها) لان فوت الاحتباس منها بالمطالبة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه (وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها) وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة * والفنوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا (وكذا اذا حجت مع محرم) لان فوت الاحتباس منها * وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب لها نفقة الحضر دون السفر لانها هى المستحقة عليه * ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها ويجب نفقة الحضر دون السفر ولا تجب الكراه لما قلنا (وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة) والقياس ان لانفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لقوات الاحتباس للاستمتاع * وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويومسها وتحفظ البيت والمانع بعراض فاشبهه الحيض * وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن 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 ووجه ان كفايتها واجب عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه (ولا تفرض لكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله * وقال ابو يوسف رحمه الله تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج * ولهما ان الواحد يقوم بالامر من فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا قام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية * وقوله في الكفاية اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وقد تكفى بخدمه نفسها (ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما)

الى الجماع والصغيرة التى لانصاح للجماع لانصاح لدواعيه ايضا ولهذا تجب النفقة للرتقاء والفتقاء والقرناء والمرأة التى 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 فى المحل يجب جملة لان الملك فى المحل يحصل للزوج جملة فلما لم يجب جملة علم ان وجوبها للاحتباس الموصول الى المستحق بالنكاح قوله ولكن تجب لها نفقة الحضر اى يعتبر ما كان قيمة الطعام فى الحضر لا ما كان قيمة له فى السفر لان هذه الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها فلا يكون ذلك على الزوج قوله وان مرضت فى منزل الزوج يريد به اذا حولت الى بيته صحيحة ثم مرضت ينفق عليها قوله وفى لفظ الكتاب ما يشير اليه حيث قال وان مرضت فى منزل الزوج وهذا انما يكون بعد ما حولت الى بيته وان مرضت ثم حولت الى بيته فلا نفقة لها عليه وفى الذخيرة وان مرضت فى منزل الزوج فلها النفقة وكذلك لو مرضت فى منزلها الا انها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق فتستحق النفقة قوله ونفقة خادمها

ذكر

(ويقال لها استديني عليه) وقال الشافعي رحمه الله يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضى منابه كما في التفريق في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى * ولنا ان حقه يبطل وحققها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير ديننا بفرض القاضى فيستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الغرض ان تمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج (واذا قضى القاضى لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فحاصمته تم لها نفقة الموسر) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير النفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها (واذا مضت مدة ولم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شىء لها الا ان يكون القاضى فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضى لها بنفقة ماضى) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لان وجب الملك الا بمؤكّد وهو القبض والصالح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضى بخلاف المهر لانه عوض (وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة) وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة * والصلوات

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 القاضى اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال كذا هذا * وعن زفر رحمه الله انه تفرض لخادم واحد ثم هي تقوم بذلك بنفسها او تتخذ خادما * وفي الذخيرة ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله في الخادم اى خادم المرأة يستحق النفقة على الزوج * منهم من قال للمملوك لها حتى لو كان حرا ولم يكن مملوكا لها لان استحق النفقة * ومنهم من قال كل من يتخدمها حرا كان او مملوكا لها اولغيرها تستحق * وفي فتاوى سمرقند ان المرأة اذا كانت من بنات الاشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين * وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا كانت فائقة بنت فائق زفت الى زوجها مع خدم كثير استحققت نفقة الخدم كلها فان قال لامرأته لانفق على احد من خدمك ولكن اعطى خادما من خدمى ليخدمك فابت يجبر على نفقة خادم من خدمها فربما لا يتهيأ لها استخدام خدمه **قوله** ويقال لها استديني عليه ذكر الحصاف رحمة الله تعالى عليه ان تفسير الاستدانة على الزوج وهو الشراء بالنسيئة ليقتضى الثمن من مال الزوج **قوله** وفائدة الامر بالاستدانة انه اذا استدان على الزوج بامر القاضى فربب الدين ان يرجع بذلك على الزوج كماله ان يأخذ من المستدينة **قوله** لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضى حيث يثبت الحق عليه باقراره على نفسه بدون الحجّة ولا تثبت ولاية القاضى بدون الحجّة **قوله** وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت هذا اذا فرض لها القاضى النفقة ولم يأمرها بالاستدانة فاما اذا امرها بالاستدانة على الزوج فاستدانته ثم مات احدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد في المختصر * وذكر الحصاف رحمة الله تعالى عليه انه يبطل ايضا والصحيح ما ذكر في المختصر لان استدانته بامر القاضى وللقاضى ولاية عليه بمنزلة استدانته الزوج بنفسه ولو ان الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت احدهما كذا هنا * * * * *

والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض * وقال الشافعي رحمه الله نصير ديننا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه (وان اسلفها نفقة السنة) اى عجلها (ثم مات لم يسترجع منها بشىء وهذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تحتسب لها نفقة ما مضى وما بقى فهو للزوج) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى * وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق الفاضى وعطاء المغانلة * ولهما انه صلة وقد انصل به القبض ولا رجوع فى الصلوات بعد الموت لانتهاء حكمها كما فى الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شىء منها بالاجماع * وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها بشىء لانه يسير فصار فى حكم الحال (واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها) ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين واجب فى ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة فى العبد التاجر وله ان يفتدى لان حقها فى النفقة لافى عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل فى الصحيح لانه صلة (وان تزوج الحرامه فبواها مولاهما معه منزلا فعليه النفقة) لانه تحقق الاحتباس (وان لم يبوها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس والتبوة ان يخلى بينها وبينه فى منزله ولا يستخدمها * ولو استخدمها بعد التبوة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوة غير لازمة على مامر فى النكاح ولو خدمته الجارية احببنا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمديرة وام الولد فى هذا كلامة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل

(وعلى الزوج ان يسكنها فى دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك) لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقها لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لاتأمن على متاعها ويمنعها ذلك عن المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها (وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها) * *

قوله والصلات تسقط بالموت * لا يقال لو كانت النفقة صلقة لوجب على المكاتب * لاننا نقول انها صلة من وجه وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالحراج قوله واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها فان يبيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع العبد ثانيا * قال شمس الاثمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه وليس فى شىء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة قوله وكذا اذا قتل فى الصحيح لانه صلة * وقيل اذا قتل كانت النفقة فى قيمته * قال الشيخ ابو الحسن القدورى رحمه الله وهذا ليس بصحيح لان القيمة انما تقوم مقام الرقبة فى دين لم يسقط بالموت لافى دين يسقط به والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

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

لما بينا (ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها) لان المقصود قد حصل (وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها) لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر * وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث وتطويل الكلام * وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعها من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرها من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح (واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجة فرض القاضى في ذلك المال نفقة زوجة الغائب واولاده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضى ذلك ولم يعترف به) لانه لما اقر بالزوجة والوديعة فقد اقران حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه فان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة * وكذا الجواب في الدين * وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم اوردنا نير اوطعما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما فلانه ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لانه لا يعرف امتناعه * * * * *

قوله لما بينا اي لانها يتصور به فان اسكنها في منزل ليس فيها احد فشكت الى القاضى ان الزوج يضربها ويؤذيها وسألت من القاضى ان يأمره بان يسكنها بين قوم صالحين فان علم القاضى ان الامر كما قالت المرأة زجره عن ذلك ومنعه من التعدى عليها وان ذكروا انه لا يؤذيها نركها وان لم يكن في جواره من يوذى به او كانوا يميلون اليه امره ان يسكنها بين قوم صالحين ويسأل عنهم وبنى الامر على خبرهم كذا في نكاح الذخيرة قوله وفي غيرها من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازى فانه يقول لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر قوله لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها فكان قضاء القاضى فتوى منه واعانة على اخذ الحق لا قضاء اذ القضاء الزام امر لم يكن لازما قبل القضاء ونفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء فكان القضاء ايقاء لما وجب فجاز * فان قيل يشكل على هذا مالو احصر صاحب الدين غريبا او مودعا للغائب وهما معترفان بان هذا المدعى له دين على الغائب لا يأمر القاضى بقضاء دينه من الوديعة ومن الدين وان كانا معترفين بالدين وبمال الغائب * قلنا لان القاضى يأمر في حق الغائب بما هو نظر له وفي الامر بانفاق المرأة نظر له بابقاء ملكه وليس في قضاء الدين ابقاء ملكه بل فيه قضاء عليه بقول الغير قوله لا سيما هنا فان صاحب اليد لو انكر الزوجية او كونه مال الغائب لا يمكن للمرأة اقامة البينة لا على الزوجية ولا على كونها مال الغائب فتعين هذا الاقرار طريقا لو صول الحق الى المستحق فكان اولى بالقبول من اقرار كان لصاحب الحق امكان اثبات حقه بدون اقراره بالبينة قوله فان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولان تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعى حقها في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب من ادعى عيننا في يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ثم رجع وقال لا يقبل بينتها على ذلك وهو قولها لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليسا بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه بالبينة كذا في المبسوط قوله وكذا الجواب في الدين يعنى مد يون الغائب لو اقر بدينه وبالزوجة فالحكم كذلك واما عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه فانه *

(قال ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة واطلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لانعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ايحنيفة رحمه الله لان هناك المكفول له مجهول وهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب (قال ولا يقضى نفقتها في مال غائب الا لهؤلاء) ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ولهذا كان لهم ان يأخذ واقتبل القضاء فكان قضاء القاضى اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضى بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف ما لا فاقامت البينة ليفرض القاضى بنفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضى القاضى بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب * وقال زفر رحمه الله يقضى لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يخلف 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 نذكرها والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فانه لا يبيع على الحاضر لان البيع عليه يكون على طريق الحجر وابو حنيفة رحمه الله تعالى عليه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ **قوله** ويأخذ منها كفيلا بها اي بالنفقة قال شمس الاثمة السرخسي رحمه الله تعالى عليه يحلفها انه لم يعطها النفقة فاذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا * وفي ادب القاضى للتخصاى ان القاضى اذا استوثق منها بكفيل فحسن وان لم يأخذ كان جائزا * قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى عليه والصحيح ما ذكره شمس الاثمة السرخسي رحمه الله تعالى عليه **قوله** انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه فعند الشافعى رحمه الله تعالى عليه لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين ولهذا قلنا لو ظفر واحد من الاقارب بجنس حقه لم يكن له الاخذ الا بقضاء ارضاء * فالحاصل ان ما كان مختلفا فيه لا يتقوى الا بقضاء القاضى وليس للقاضى ان يوجه القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمد يده ويأخذه من غير قضاء القاضى فكان حكم القاضى اعانة لا قضاء **قوله** وان جحد يخلف اي ان لم تكن للمرأة بينة **قوله** وان عجزت يضمن الكفيل اي 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 اي على قول زفر رحمه الله تعالى يقبلون البينة من المرأة ويفرضون النفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه * وقال في 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** وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها * كان ابو حنيفة رحمه الله يقول او لا يقضى بالنفقة على الغائب ثم رجع وقال لا يقضى * وعند محمد رحمه الله تعالى عليه لا يقضى قولا واحدا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول او لا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع وقال لا تقبل والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

(وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان أو بائنًا) وقال الشافعي رحمه الله
 لانتفة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا أما الرجعي فلان النكاح بعد قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطىء وأما
 البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله
 عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه
 بخلاف ما إذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانتفقوا عليهن الآية
 * ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد
 اذ العدة واجبة صيانة للولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا
 * وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله تعالى عنه فإنه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول
 امرأة لاندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة
 الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده أيضا زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه واسامة بن زيد
 وجابر وعائشة رضي الله عنهم (قال ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق
 الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى 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
 في ملك الورثة * * * * *

فصل

قوله وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلثا أو بعوض حتى بانث عندهم جميعا
 الا اذا كانت حاملا لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانتفقوا عليهن حتى يضعن حملهن * فان قيل فمن
 اين يعلم ان هذه الآية في حق المطلقات * قلنا علم ذلك من آخر الآية حتى يضعن حملهن والنفقة
 في غير المطلقات غير مغيبات بوضع الحمل * فان قيل لو وجبت النفقة في الحامل لم يبق لتخصيص الحامل
 في النص فائدة حيث قال وان كن اولات حمل فانتفقوا عليهن * قلنا لذكر الشرط والتخصيص فائدة سوى
 النفى وهي انه انما خص الحامل بالذكر لان الحامل انما تستحق النفقة بقدر ثلثة اقراء فيقع الاشكال ان
 الحامل تستحق بذلك القدر او الزيادة الى تمام مدة الحمل وان طالت فازال الاشكال وقال لها النفقة في
 جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن قوله وحديث فاطمة رضي الله تعالى عنها رده عمر رضي الله
 تعالى عنه فإنه قال لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لاندري صدقت أم كذبت * ذكر فخر
 الاسلام رحمه الله تعالى عليه في 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 شيء في يده * وعن
 عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت تلك امرأة فتنت العالم اى بروايتها هذا الحديث وان ثبت فتأويله
 ان زوجها خرج الى اليمن ووكّل اخاه بان ينفق عليها خبز الشعير فابت ذلك ولم يكن الزوج حاضرا
 ليقتضى عليه بشيء آخر * * * * *

(وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطى *
 وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاية لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر (وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرئدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

(ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه 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) لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولأنها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للمجير عليه * وقيل في تأويل قوله تعالى لانصار والده بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكر بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبى عن الضياع (قال ويستأجر الاب من ترضعه عندها) اما استئجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان المجر لها (وان استأجرها وهى زوجة او معتدة لترضع ولدها لم يجز)

قوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية فلا نفقة لها اما السكنى فواجبة لها باى فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها واما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بحق الفرقة من قبلها بمعصية وان جامعها ابن الزوج مكرهه تقع الفرقة ولا تسقط النفقة قوله وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لالعين الردة ولكن لأنها تحبس فلا يكون في بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا يستوجب نفقة حال قيام النكاح كالمحبوسة بالدين فكذا لا يستوجب نفقة في العدة حتى اذا ارتدت ولم تحبس بعد بل هى في بيت زوجها فلها النفقة قوله معناه مكنت بعد الطلاق هذا اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا واما المعتدة عن طلاق رجعى اذا مكنت ابنه او ارتدت فحبست اولا فلا نفقة لها لان النكاح باق فكانت الفرقة حاصلة بمعصية فتسقط النفقة ولا كذلك في الطلاق البائن والله تعالى اعلم بالصواب

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 الوالد 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 فائوهن اجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك اذ هما لا يتفاوتان من حيث النفقة قوله وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه وعند مالك رحمة الله تعالى عليه تجبر ان لم تكن شريفة قوله اما اذا كان لا توجد * * * * * من

لان الارضاع مستحق عليها ديانه قال الله تعالى والوالدات يرضعن 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) يعنى لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية (وان قال الأب لاستأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل اجر الأجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق) لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الرفع اليها (وان التمسست زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اى بالزمامه لها اكثر من اجرة الأجنبية (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 جزوه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافر وترتب عليه الاحتباس فوجبته النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الأب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

من نرضعه تجبر على الارضاع * وقيل لا تجبر الام في ظاهر الرواية لان الولد يتغذى بالرهن وسائر المائعات فلا يؤول الى الضياع والى الاول مال القروى وشمس الائمة السرخسى رحمهما الله تعالى قوله لان الارضاع مستحق عليها ديانه 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 ارضى الله تعالى عنه وامور داخله على فاطمة رضى 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 قوله ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن والاب كافر او اسلمت ام الصغير والاب كافر او ارتد الصغير والعباد بالله والاب مسلم لما ان اسلم الصبي العاقل وارتداده صحيح ثم الولد اذا لم يكن له مال فابى ان يكتسب وينفق على اولاده يجبر على ذلك ويحبس بخلاف سائر الديون فان كان الاب عاجزا عن الكسب لما به من الزماتة او كان معقدا يتكفئ الناس وينفق عليهم هكذا ذكر في نفقات الخصاص رحمة الله تعالى عليه 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 والله تعالى اعلم بالصواب * * * فصل

فصل

(وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداه 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 الأب عند عدمه ولانهم تسببوا لاهيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذاملا فإيجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد) اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق بانحد 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 حرييين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا 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 القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين أكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطعية من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افرقا (ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد) لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولتاويلا لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهى على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح * * *

فصل

قوله وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداه الى قوله وان خالفوه في دينه معناه اذا كانوا من اهل الزمة اما اذا كانوا من اهل الحرب فلا نفقة لهم قوله وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين دل عليه السياق وهو قوله تعالى وان جاهدك على ان تشرك بي فيما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا اى في امور الدنيا بالمعروف وهى الطاعة لهما فيما لا يفسد عليك دينك وفسر النبي عليه الصلوة والسلام حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويسكوهما اذا عريا قوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا 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 مأخذ الاشتقاق علة لذلك الحكم كما في قوله تعالى والسارق والسارقة (قوله بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والحرمية بالحديث قال عليه السلام من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه * قوله ولان القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين أكد لان له اثرا 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 اى في دوام ملك اليمين القرابة القريبة وفي الاثنى اى في حرمان النفقة العلة المؤكدة اى القرابة مع اتفاق الدين قوله لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لا بيك قوله وهى على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح احرز به عن رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله * * *

لان المعنى يشملهما (والنفقة لكل ذى رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمانا) او اعنى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذارحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك * ثم لابد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى اشارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غنى بكسبه بخلاف الابوين لانه ياتحكما نعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب (قال وتجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه) لان التنصيب على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حتى مستحق (قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الأب الثلثان وعلى الام الثلث) لان الميراث لهما على هذا المقدار (قال رضى الله عنه هذا الذى ذكره رواية الخصاص والحسن رحمه الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب) لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير * ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية وموثة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاخص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة اخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه ميراثه ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) لبطلان اهلية الارث ولابد من اعتباره (ولا تجب على الفقير) لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير * * * * *

رحمة الله تعالى عليه 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 الشافعى رحمه الله لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين لان استحقاق الصلة عنده باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق احد على احد الا الوالدان والمولودون عنده او جهل قرابة الاخوة كقرابة بنى الاعمام وحمل 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 عمرو زيد رضى الله عنهما وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة وهذا لان نفى المضارة لايجتص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث * وقوله ذلك ينصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف **قوله** لان التنصيب على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار وهذا لان الاصل ان الحكم متى رتب على الاسم المشتق من معنى كان مأخذ اشتقاق ذلك الاسم علة لذلك الحكم كالزاني والسارق فكان الارث علة لاستحقاق النفقة فتقدر بقدر الارث لان الحكم يثبت بقدر علة له **قوله** غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه اى يعتبر ان يكون وارثا في الجملة وان كان مجبوا بغيره لان سبب استحقاق النفقة حال القضاء بالنفقة قيام سبب الارث لاجريان الارث اذ لا يتصور جريان الارث حال القضاء بالنفقة لان القضاء بها * حال

لانه التزمها بالاقدم على العقد اذ المصالح لا تنتظم بدونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن ابي يوسف وعن محمد رحمه الله انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير 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 في نفقته جاز) عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وهذا استحسان (واذا باع العقار لم يجز) وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا يملك الام في النفقة * ولا يبي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصى ذلك فالاب اولى لو فور شفقتة وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الافارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ حالة 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 يأخذ منه بنفقته لانه جنس حقه (وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا) لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ماهر وقد اخذنا من جنس الحق (وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن) لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه ناوب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امر القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القاضي لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به * * * * *

حال حيوة القريب ولا يجري الارث حال الحيوة فلو كان للمعسر خال وابن عم فنفقته على خاله لانه محرم ويحرم ميراثه ابن عمه لانه عصبه وهذا لان سبب الارث ثابت للخال فان ابن العم لو مات قبل الخال يحرم ميراثه الخال * فاذا استويا في المحرمية واهلية الارث يترجح من كان وارثا في الحال فلو كان له عم وخال او عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لاستوائها في المحرمية ويترجح العم بكونه وارثا في الحال ولو كان العم معسرا فالنفقة على العمه والخالة اثلاثا على قدر ارثهما ويجعل العم كالميت * واذا اجتمع المعسرون والموسرون يقدر المعسر موسرا وتقسف النفقة عليهم ثم يسقط نصيب المعسر ويجب كل النفقة على الموسرين كصغير له ام واخت لاب وام واخت لاب واخت لام واخت لاب وام والام موسرتان والاخرتان معسرتان تجب النفقة على الام والاخت لاب وام ارباعا فاعتبرنا المعسرتين موسرتين حتى يوزع على ستة اسهم على قدر ميراثهن ثم يسقط نصيب المعسرتين بالاعسار فبقى اربعة اسهم وهو نصيب الموسرتين فيجب كل النفقة عليهما ارباعا ثلثة اسهم على الاخت وسهم على الام ولا يحق المعسرتان بالاموات والا لوجب النفقة على الموسرتين اخماسا خماسا على الام وثلثة الاخماس على الاخت قوله لانه التزمها بالاقدم على العقد اى التزم نفقة الزوجة واما ولده الصغير فلانه جزءه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرتة فكذلك انفقته طفله قوله والفتوى على الاول وهو ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو ان يملك مما فضل عن حاجته ما يبلغ مائتي درهم فصاعدا وهو الصحيح وهذا لانه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنى موجب للزكاة وانما يشترط غنى محرم للصدقة فكذا في حق ايجاب النفقة لان النفقة اشبه بصدقة الفطر منه بالزكاة لان في صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى الصدقة فاذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجب للزكاة وهى صدقة من وجه ومؤنة من وجه فلان لا يشترط لوجوب النفقة غنى موجب للزكاة وانها مؤنة من كل وجه كان اولى قوله واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز وفي قولهما لا يجوز وهو القياس لان

(واذا قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى لانهما تجب مع يسارها فلانسقط بمصول الاستغناء فيما مضى (قال الا ان يأذن القاضى فى الاستدانة عليه) لان القاضى له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دنيا فى ذمته فلا يسقط بمضى المدة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل

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

ولاية الاب ينقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا لولده الغائب فان الابن اذا بلغ وهو غائب فللاب ووصى الاب بيع عروضه تحصينا على ولده الغائب وههنا هو لا يبيع تحصينا على الغائب وانما يبيع لنفسه وليست له هذه الولاية الا ترى ان استحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لا يبيع عروض الولد فى نفقتها فكذلك الاب * ولكن استحسن ابو حنيفة رحمه الله فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ لكن بقى اثرها ولهذا صح منه الاستيلاد فى جارية الابن فلبقاء اثر ولايته كان له ان يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العين يخشى عليه الهلاك وحفظ الثمن ايسر * وفى الذخيرة ثم ذكر ههنا ان الاب يملك بيع منقول ابنه الكبير الغائب والام لا تملك * وذكر فى الاقضية جواز بيع الابوين * وهكذا ذكر القدرى فى شرحه فانه اضاف البيع اليهما فاما ان يكون فى المسئلة روايتان فى رواية الاقضية والقدرى يملك واما ان يكون المسئلة على الاتفاق بان الام لا تملك وتأويل ما ذكر فى الاقضية والقدرى ان الاب هو الذى يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر قوله واذا قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى حيث لا تسقط بمضى المدة وكذلك لا يسقط دين الاستدانة فى ذوى الارحام واذا فرض القاضى للمرأة عشرة دراهم شهر نفقة فمضى الشهر وقد بقى من العشرة شىء يفرض لها القاضى عشرة اخرى لشهر اخر ولو كان مثل هذا فى الاقارب بان بقى شىء من الدراهم ومضت المدة لا يقضى باخرى واذا فرض القاضى للمرأة الكسوة او النفقة لوقت مقدر فهلكت الكسوة او النفقة او سرق او حرق الكسوة او اكلت النفقة قبل الوقت ليس عليه ان يكسوها وينفق عليها اخرى واما اذا فرض الكسوة او النفقة للاقارب فضاغت من ايديهم قبل مضى الوقت فان القاضى يفرض لهم مرة اخرى والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل

قوله وعلى المولى ان ينفق على امته وعبيده 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

وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا تجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاءة المال وفيه اضاءته * وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر * والاصح ما قلنا والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضومنه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة لتتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء

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 بذى رحم محرم منه وان كان عسبة فصار كابن العم قوله وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق اذا كانت الدابة كلها مملوكة لرجل لا يجبره القاضى على الانفاق عليها ولو كانت مشتركة بقوله القاضى للآبى اما ان تباع نصيبك او تنفق عليه رعاية لجانب الشريك وهذا لان الشريك من اهل الاستحقاق وان لم تكن الدابة من اهل ذلك * وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر على الانفاق فى البهائم ايضا وهو قول الشافعى رحمه الله لان فيه اضاءة المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان والاصح ما قلنا لان اجبار القاضى على الانفاق نوع قضاء ولا بد للقضاء من مقضى له وهو من اهل الاستحقاق وهو موجود فى الرقيق لانه من اهل ان يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق حقوقا على المالك فلا يصلح مقضيا له ففات شرط القضاء فامتنع القضاء والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب العتاق

العتاق والعتق عبارتان عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوى وطار عن وكره ومنه عتاق الطير لاختصاصها بهزيد القوة والخمر اذا تقادم عهدا تسمى عتيقا لاختصاصها بزيادة القوة والكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك عن نفسها * وفى الشرع عبارتان عن قوة حكيمية يصير المرء بها اهلا للملك على نفسه وعلى غيره والحريية عبارة عن الخلوص يقال طين حر اى خالص عما يشوبه وارض حرة

اى خالصة لاخراج لها ولا عشر * وفى الشرع عبارة عن خلوص حكيم يظهر فى

الآدمى بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكيمى

اما بازالة الملك او بازالة الرق يسمى اعتاقا

وتحريرا قال الاعتاق تصرف مندوب وان

لم يكن عبادة حتى صح

من الكافر

(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 اهله 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 احتملت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بدان 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 لعبد او

امته انت حر او معتق او عتقت او محرر او قد حررتك او قد اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو) لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عتيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة) لانه يحتمله (ولا يدين قضاء) لانه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حر يا عتقتك) لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لا يستحضر المنادى بالوصف المذكور وهذا هو حقيقته فيقتضى تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضى بثبوت تصديقا له فيما اخبر * وستقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سناه حرا ثم ناداه ياحر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو مالقه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف (وكذا لو قال رأسك حر او رقبتك او بدنك او قال لامته قرجك حر)

لان هذه الفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق (وان اضافته الى جزء شافع يقع في ذلك الجزء) وسبائك الاختلاف فيه انشاء الله تعالى (وان اضافته الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه (ولو قال لاملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق) لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعنتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية * * قال

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 الميمنة اذا كانت الاعانة بهذه المثابة فكيف الاعتناق * والسنة ما ذكر في الكتاب والاجماع ظاهر والمعقول فانه تمكين المكلف من اداء العبادات اجمع والتأمل في آيات الآفاق والانس كما في قوله تعالى سنريهم آياتنا في الآفاق والانس قوله لان الصبي ليس من اهله اى ليس من اهل انشاء العتق وهو اهل للعتق 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 فشابه 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 لاستناده الى حالة منافية للاعتاق فكان القول قوله لان منكر للاعتاق والقول قول المنكر قوله لانه ليس باهل لقول ملزم * لا يقال انه اهل لقول ملزم فانه لو كان صبي في يد رجل فافر بالرق صح اقراره حتى لو ادعى بعده حرية الاصل لا يقبل دعواه لانه ظهرقه 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 وستقرره ان شاء الله تعالى اى في مسئلة يا ابنى وقال فيها على ما بيناه اراد به هذا الموضع * قوله

ينتظم الناصر وابن العم والمولاة في الدين والاعلى والاسفل في العنافة الا انه تعين للاسفل فصار كاسم خاص له * وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتمى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة والاضافة الى العبد تنا في كونه معتقاً فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصریح 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 للاسفل مراد التحق بالصریح وبالنداء بلفظه الصريح يعتق بان قال ياحريا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ * وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدى يمالكى * قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعنق فكان اكراماً محضاً (ولو قال يا ابنى او يا اخى لم يعتق) لان النداء للاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص كما في قوله ياحر 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 ابناً له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام * ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى شاذاً انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر (ولو قال يا ابن لا يعتق) لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه (وكذا اذا قال يا بنى او يا بنية) لانه تصغير للابن والبنات من غير اضافة والامر كما اخبر * وان قال

النسب في حق المقر ويعتق بحقيقته دون مجازة لان ذلك ممكن والنسب قد يثبت من زيد وبشتم من عمرو فيكون المقر مصداقاً في حق نفسه قوله ينتظم الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وقال الله تعالى انت مولانا وكذا ابن العم قال الله تعالى وانى خفت المولى من ورائى قوله والثالث نوع مجاز وهو المولاة في الدين وذلك لان المولى من الولى وهو القرب ولاقرب بين المشرقى والمغربى حقيقة وبينهما مولاة في الدين فيكون بطريق المجاز قوله واما الثاني وهو قوله يامولائى عطى على قوله واما الاول قوله وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني اى بدون النية لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدى يمالكى * قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به لان قوله مولاى حقيقة في المعتق لان له ولاء عليه وقد تعين مراداً لما ذكر ان اسم المولى ينتظم الناصر وابن العم والمولاة في الدين والاعلى والاسفل في العنافة الا انه تعين للاسفل فصار كاسم خاص له فصار قوله يامولائى وقوله ياحر ياعتيق بخلاف قوله ياسيدى يمالكى لانه ليس فيه ما يختص بالعنق لان في قوله يامولائى تثبت صفة في العبد من جانب المنادى وهو اثبات ولاء له عليه وذلك لا يكون الا لسابقة العنق وهو ولاء العنافة فيثبت العنق لانه مما يمكن اثباته في الحال من جانب المنادى اما قوله يمالكى ياسيدى لاثبتت بهذين اللفظين صفة في العبد من جهة المنادى لانه لو ثبت بها الحرية لا يكون العبد سيداً او مالكا لمولاة فحمل على الاكرام * ولا يقال لم لا يحمل قوله يامولائى على مولى المولاة حتى لا يعتق واللفظ يحتمله كما يحتمل ولاء العنافة * لانا نقول لم يجوز عقد المولاة بينها وهو عقد لا يقوم باحد الطرفين بل يقوم بهما فلم يمكن حمله عليه واما ولاء العنافة فالمولى يتفرد باثباته لانه يثبت بالاعتاق والاعتاق مما يتفرد به المولى قوله ولو قال يا ابنى او يا اخى لم يعتق لان 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 ابنى يلغو كلامه اصلاً * واما قوله يا ابنى لو لم يحمل على الحرية لا يلغو كلامه بل يحمل * * * على

(دان قال لسلام لا يولد مثله لثله هذا ابني عتق) عند ايحنيفة رحمه الله وقال لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله * لهم انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق * ولاي حنيفة رحمه الله انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بجمازه لانه اخبار عن حريرته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريرته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحريزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك خطأ فأخرجهما 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 امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له

على معنى مقصود في النداء وهو استحضار المنادى مع ان النداء لا يراعى فيه المعنى ولا يلتفت اليه ولكن انما تثبت الحرية بقوله ياحر مع وجود هذا الاصل لما ان لفظ الحرية لما كان من صريح الفاظ العتق قام اللفظ الصريح مقام معناه فصار كانه اثبت ذلك المعنى فيه اولا ثم استحضر بالنداء بخلاف لفظ الابن فانه ليس بصريح فيه قوله وان قال لسلام لا يولد مثله لثله هذا ابني عتق عند ايحنيفة رحمه الله تعالى * وقالوا والشافعي رحمه الله لا يعتق لانه كلام محال فيرد كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق بخلاف معروف النسب ويولد مثله لثله لان كلامه محتمل لجواز ان يكون مخلوقا من مائه بالوطى عن شبهة وقد اشتهر نسبه من الغير الا ترى ان ام الغلام لو كانت في ملكه يصير ام ولد له ثمه ولا يصير ام ولد له ههنا * ولاي حنيفة رحمه الله انه محال بحقيقته لكنه صحيح بجمازه وهذا بناء على ان المحاز خلف 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 ايحنيفة رحمه الله المجاز خلف عن الحقيقة في حق التكلم لا في حق الحكم لانه تصرف من المتكلم واقامة كلام مقام كلام فتنشترط صحته من حيث انه مبتدأ وخبر وقد وجد وتعذر العمل بحقيقته وله مجاز متعين فصار مستعار الحكمه بلا نية كالنكاح بلفظ الهبة وان كانت الحرة لا يقبل حكم اصل الهبة وهو ملك الرقبة قوله اجماعا او صلة للقرابة يعنى البنوة في المملوك سبب لحريرته اما اجماعا على حسب الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله فيما هو العلة فان علة الحرية قرابة الولادة عنده وعندنا القرابة المحرمة للنكاح فقال اما اجماعا باى علة كانت اوللعة التي قلنا وهي صلة للقرابة 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 تنافي تصور الاعناق منه اصلا ورأسا فتعين الالغاء وبخلاف ما اذا اقر بقطع يد صحيح اليد لان قطع اليد خطأ سبب لوجوب مال مكيف في سنتين لا يمكن ايجابه بدون القطع وما امكن ايجابه 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 وجوب المال موزعا على العاقلة فبايجاب المال قصرا على واحد من العواقل 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

اما الحرية لانتخلى ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه * ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثله فهو على الخلاف لما بينا * ولو قال لصبي صغير هذا جدى قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة 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 رحمه الله تعالى عليه انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه * * * ولو

لازما بالبنوة * فان قيل على ما قال ابو يوسف ومحمد والشافعي 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 هذا كاسد ولو كان مستعارا فمبناه على التشبيه استعار الاسد للشجاع وادعى انه هذا الهيكل المخصوص مبالغة في التشبيه وانما يحصل الغرض هنا اذا لم يتصور حكم الحقيقة فلا يكون من هذا الباب في شيء * وانه ظاهر قوله اما الحرية لانتخلى ذاتا وحكما * فان قيل الحرية الثابتة في قوله هذا ابني وهو اكبر سنا منه غير الحرية الثابتة بحقيقة البنوة ايضا كما في ارش اليد على ما ذكر وذلك لان الحرية الثابتة بحقيقة البنوة موجبة للارث وحرمة المصاهرة وغيرها من الاحكام والحرية الثابتة بقوله هذا ابني لا يثبت شيئا من ذلك فلما كانتا غيرين كانت مسئلتنا هذه عين مسئلة الارش * قلنا الحرية لا يتفاوت ذاتا وهو زوال الرق ولا يتفاوت حكما اصليا وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات كلها وكانت الحرمان سواء * وما ذكرته من الثمرات فلا يبالي به قوله وقيل لا يعتق بالاجماع والفرق لا يحنيفة رحمه الله ان قوله هذا جدى لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب والاب غير المذكور في لفظه وهذا تصرف لفظي فتصح الاستعارة في المذكور في غير المذكور والمذكور لا موجب له بنفسه الا بواسطة غير مذكورة فلا تصح الاستعارة بخلاف قوله هذا ابني لان المذكور هو البنوة ومن موجبه الحرية في الملك بلا واسطة فتصح الاستعارة قوله ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يعتق * ووجه الروايتين ما بيناه * وجه ظاهر الرواية ما ذكر في مسئلة الجد انه لا موجب لقوله هذا جدى الا بواسطة وتلك بواسطة غير مذكورة وكذلك قوله هذا اخي لا موجب له الا بواسطة الاب والام لانه عبارة عن مجاوزة في صلب او رحم وتلك بواسطة غير مذكورة * وجه ما روى عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق وهو رواية الحسن عنه ان للاخوة في ملكه موجبا وهو العتق كما في قوله هذا ابني * وذكر في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا اخي لابي ولا يعتق من غير تردد لما ان مطلق 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 ابني * قلنا ان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة قوله

* ولو قال لعبده هذا بنتى فقد قيل على الخلاف * وقد قيل 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 اوبائن اوتخمرى ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعى رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكنائية على ما قال مشايخهم رحمهم الله * 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 مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا تصح لفظة العتق والتعير بكتابة 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 يحبس 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 يصح مجازا عما هو دون حقيقته لاعما هو فوقه فهذا امتنع في المتنازع فيه وانساع في عكسه (واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق) لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية (ولو قال ما انت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيدي كما في كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لانه تشبيهه بجذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن والله تعالى اعلم بالصواب * فصل

قوله ولو قال لعبده هذا بنتى فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع اى يعتق لان المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبارة للمسمى كما لو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل والذكر والانثى 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 قوله وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأييد من شرطه والتأقيت مبطلا له ولو كان النكاح في حكم ملك المنفعة لكان التأقيت من شرطه والتأييد مبطلا له كما في الاجارة قوله وعمل اللفظين اى قوله انت حر انت طالق قوله ولهذا يصح التعليق فيه اى في الاعتاق وانه مما يوضح كون عمله في الاسقاط قوله اما الاحكام تثبت بسبب سابق جواب للشافعى رحمه الله عن قولنا ان الاعتاق اثبات القوة ولهذا تثبت به احكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فلا يشبهه الطلاق الذى 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 زال المانع فصار كالطلاق قوله ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه كما لو قال اسقنى ونوى به العتق وهذا لان الطلاق لا يحتمل العتاق حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا لانه لا يكون بلامشابهة ولا مشابهة بينهما لان الاعتاق اثبات القوة اذ العبد الحق بالاموات لان الرق اثر الكفر وهو موت حكما وبالاعتاق يحبس 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 ملك اليمين فوق ملك النكاح بدليل انه يدخل فيه ملك المنعة تبعوا ولا ينعكس فكان اسقاطه اقوى لانه يزيل اقوى الملكين ولانه يزيل ملك الرقبة وملك المنعة في محله ومن شرط المجاز انه لا يكون

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمة ولأدائه أو غيره والشافعي رحمه الله تعالى عليه يخالفنا في غيره * له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس اولا يقتضيه والاخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد * * * *

عمله في محل المجاز اقوى من عمله في محل الحقيقة لان عمله في محل تيقنه ازالة المانع من الفعل فقط وفي محل المجاز اثبات القدرة وازالة الضعف ولاشك ان الثاني اقوى ولهذا لا يعتق بانث طالق وان نوى به العتق وتطلق بانث حره ان 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 الا دمي خلق مالكا لنفسه بحيث ينطلق حيث شاء وبملك اليمين يمتنع ذلك كما في النكاح * قلنا لا كذلك بل الا دمي حيوان كالبهيمة وبكونه حيوانا لا يملك نفسه ولا غيره بل بصفة الحرية يملك وهذه الصفة تزول بالرق فتزول المالكية وهي علة ملك الانطلاق شرعا وبالحرير تثبت المالكية وصفة المالكية لانزول بالنكاح بل النكاح يمنع استعمال العلة مع وجودها وهذا كما تسقط القوة بالمرض فيداوى فيقوى على المشى والموثق يرفع وثاقه فيقدر على المشى فلا يكون بين رفع الوثاق وبين اثبات القوة بالمداواة تشاكل والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

قوله ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم قوله واللفظ بعمومه ينتظم 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 قرينه لا يعتق بدون الاعتراف لقوله عليه السلام لن يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه فيه تنصيص على انه يستحق عليه اعتاقه ولو عتق بنفس الشراء لم يكن لقوله عليه السلام فيعتقه معنى ولان القرابة لو اوجبت رفع الملك لمنعت وقوعه كما في ملك النكاح فلما لم يمنع ثبوت الملك لم يمنع البقاء بالطريق الاولى * ولنا ان الفاء للوصل والتعقيب فيقتضى ان يكون معتقا بذلك الشراء لا بفعل مبتدأ كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اى بذلك الاطعام والسقى لانه لو صار معتقا بفعل مبتدأ قد يوجد ذلك وقد لا يوجد فلا يتحقق معنى التعقيب والعتق صلة فلا يتحقق الا بعد الملك وانتفاء ملك النكاح لحرمه المحل وهو موجود قبل العقد قوله ولأدائه أو غيره والشافعي رحمه الله يخالفنا في غير الولاد لان العتق اقوى الصلات فينابط باقرب القربات وهو الولاد لمكان الحرية والاصل هو الاتفاق بين البعض والكل فجعل ملك الرجل ولده واباه كملك نفسه والعبد اذا ملك نفسه عتق فكذا اذا ملك اباه او ولده قوله والاخوة وما يضاهاها وهي القرابة المتوسطة تتجاوز في الاصلاب والارحام كالاغمام والاخوال وبنينهم وقد الحقت بالبعيدة في الشهادة والقود والزكوة وحل الحليلة وامتناع التكاثر فكذا في هذا الحكم * * * *

فامتنع الالتحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكتاب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه * ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة و المكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا لمقصود العتق * وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما فلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع * * *

قوله فامتنع الالتحاق اى بالقياس لان الحكم في الاصل ثابت مع منافاة القياس فلا يجري 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 بيان للفرق 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 المؤيدة بالمحرمية وقد وجبت النفقة فيها وحرم النكاح تحقيقا للصلة المفترضة وتحريزا عن القطيعة المحرمة فلان يعتق اولى اذ بقاء الملك اعلى من القطيعة * ولا يقال ما ذكر من وجوب النفقة لا يلزم الحصر لانه لانفقة في غير الولاد عنده * لاننا 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 الاثرى 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 الذل تحقيقا للصلة وليس للرضاع اثر في وجوب الصلة الاثرى انه يجري التوارث ولا وجوب النفقة في الرضاع فعلمنا ان حرمة النكاح لم تثبت في الرضاع صلته بل النص اثبت حرمة فيه كما اثبت حرمة نكاح المشتركة فان حرمة النكاح تثبت بالنساء غير القرابة وليس كلامنا فيه قوله ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام انما قيد به لان الحربى لو ملك في دار الحرب ذارحم محرم منه لم يعتق عليه قوله لعموم العلة وهو الملك مع القرابة فان قيل العتق وجب صالته 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 والافتراض عند القدرة يعنى صلة الرحم فرض ولكن القدرة شرط ولا قدرة 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 ولذا تحقيقا لمقصوده وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ وهو قولهما * فلنا ان نمنع وحل وضع الزكوة لا يدل على حرمة صلة العتق فالزكوة نفسها صلة ولكن لم يحل بين الاباء والابناء لان التمليك لم يعم للاشتراك في المنافع ولا كذلك بين الأخوين وكذا الشهادة لايه لاتصح 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 فتميز ان الولد انما لا يقتل اباه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك لان الشرع حرم عليه قصد الاب كرامة للاب لانه يعتق عليه لو ملكه وكذا حل الحليلة لان الوحشة التي تحمى الانسان تحل حليلته لغيره دون الوحشة التي تلحقه بلزوم الطاعة قهر الحف

لان المحرمة ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة (ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى اول للشيطان اول للصنم عتق) لوجود الاعتراف من اهله في محله ووصف القرابة في اللفظ الاول زيادة فلا يحتل العتق بعده في اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدر 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 رحمه الله وقد بينا في كتاب الطلاق * واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه (واذا خرج عبد الحرب اليئامسما عتق) لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليئام 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 مقصود العدم الاضافة 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 الاعتراف فافتراقا (ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال) اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزام الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشترط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على مامر في الخلع * وانما يعرف قيام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل (قال وولد الامة من مولاها حر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاه (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح جانب الام باعتبار الحضنة او لاستهلاك مائه بمائه والمنافاة متحققة والزوج قد رضى به بخلاف ولد المورور لان الوالد مريض به (وولد الحر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوية والتدبر وامومية الولد والكتابة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب

الملك فان لم تجب الصيانة عن ادنى الامرين بالمحرمة بالرحم لا يدل على انه لا يجب عن الاعلى قوله لان المحرمة ما ثبتت بالقرابة والامة اذا اجتمعت على ان المراد بالمحرم المحرم بسبب القرابة قوله فشابه النفقة اي كما يجب على الصبي والمجنون نفقة الابوين وولد المجنون وكل ذي رحم محرم منها فكذا العتق على الملك قوله واما التعليق بالشرط فانه صحيح في الملك بلا خلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله قوله ولا استرقاق على المسلم ابتداء احرز به عن الاسترقاق بقاء لان الرق جزاء الكفر لكنه في حالة البقاء صار من الامور الحكمية فيصح بقاء كما يصح بقاء الاملاك بعد وجود اسبابها قوله ولو اعتق الحمل على مال بان قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف درهم عليك فقبلت ثم ولدت لاقل من ستة اشهر فهم حر تيقنا بوجود ما في البطن حين علق عتقه بقبولها وقد وجد منها القبول قوله على مامر في الخلع المذكور في باب الخلع ان اشترط بدل الخلع على الاجنبي يجوز ولم يذكر اشترط بدل العتق على الاجنبي قوله وولد الامة من مولاها 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 مائة تبعها له ايضا ولا معارضة بين التبع والاصل لعدم المساواة بخلاف ما اذا كانت منكوبة فان مائة يكون معارضا لمائة فيصار الى الترجيح فيرجح مائة لان مائة صار مستهلكا بمائها لان مائة في موضعه ومائة انتقل من موضعه والشئ في محله اقوى * * * * * باب

باب العبد يعتق بعضه

(واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال يعتق كله) واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله * اهم 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 رحمه الله تعالى عليه 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 والتعدى الى ما وراءه ضرورة عدم التجزى والملك متجزى كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتماس مالية البعض عند العبد

باب العبد يعتق بعضه

قوله واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر اى زال الملك عن ذلك البعض ولم يرد به حقيقة العتق وانما اراد به ثبوت اثره وهو زوال الملك وقد نص عليه في المبسوط 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 * ومما حصل الخلاف راجع الى ان اعتاق البعض هل يوجب زوال الرق عن الكل ام لا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل قوله وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فقوله مثل قولهما فيما اذا كان المولى واحدا او كان المعتق موسرا اما اذا كان معسرا يبقى ملك الساكت كما كان حتى يجوز له ان يبيع ويهب عنده ما يجيء في الكتاب قوله ولاي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك * ووجه المغايرة هو ان في الوجه الاول يكون الاعتاق اثبات القوة بواسطة ازالة الملك فتكون ازالة الملك علة والاعتاق وهو اثبات القوة حكمها * 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 يستغنمون كما يستغنمون سائر الجمادات من الاموال فصارت حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا الى الانتفاع بهم ويكون معونة لهم على اقامة التكليف فلو جعلنا الاعتاق ازالة للرق قصدا لكان العبد مبطلا لحق الغير قصدا ولو جعلناه ازالة للملك قصدا وثبت في ضمنه زوال الرق وثبوت العتق لكان فيه ابطال حق الغير ضمنا والمرء 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 يجز ولو اعتق نصيبه يتعدى الى نصيب صاحبه بالعتق والفساد ضمنا قوله وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره * * * * *

والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكانها اذ هو مالك يدا لارقبته والسعاية كبديل الكتابة 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 حال متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم والاستيلاء متجزى^٤ عنده حتى لو استولى نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاء (واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسراً 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 معسراً فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال 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 فقيراً سعى في حصه الاخر قسم والقسمة تنافي الشركة * وله انه احتسبت مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمه * * * * *

والاصل ان حكم التصرف لا يكون متعدياً عن محل التصرف الى محل آخر وانما يتعدى الى ما وراءه ضرورة عدم التجزى والملك متجز كما مر فيبقى على الاصل قوله والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض يوجب ثبوت المالكية في كله اي باعتبار العتق لانه لا يتجزى او لانه لما اسقط ملكه عن بعض العبد وجب ان تثبت للعبد ولاية في ذلك البعض ولاتثبت المالكية في ذلك البعض الا بشروطها في الكل قوله لانه اسقاط لا الى احد لان الكتابة اسقاط يده الثابتة الى العبد بالعوض فيكون عينه باقياً فيمكن رده اليه بواسطة انعدام البديل المقابل بها ولا كذلك في فصل السعاية لان ان تصرف انما يثبت له بواسطة سقوط الملك في البعض وهو اسقاط لا الى احد فلا يبقى ذلك فلا يمكن القول برده

قوله والاستيلاء متجزى^٤ عنده جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء قوله ملكه بالضمان وانما يملكها بدون رضاء الساكت لانه لما ثبت النسب تحققت العلة لثبوت العتق بها وعملت عملها في بعض المحل فتحققت 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 بعدله جائز في حالة الخمصة * وهذا بخلاف ما اذا استولدها بالنكاح لانه ثمه 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 مملوكاً له لكن بصفة الفساد لا يجوز بيعه ولا هبته وقد وجد جهتا الضمان من المعتق بالافساد بطريق التسبيب والثاني احتباس المالية في يد العبد فيميل * * *

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 قلناه فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتق يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القرية وايصال بدل حق الساكت اليه * ثم التخريج على قولها 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 فختيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذا الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك * * * ما

فيميل الساكت الى ايهما 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 ابيحنيفة رحمه الله في رواية اذا اختار 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 المضمون 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 وبموت المكاتب لا تبطل الكتابة فيأخذ 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 اي احتبست ماله 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 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 نفى الضمان لو كان فقيرا قوله ثم المعتق يسار التيسير * وذكر في العيون وهو المختار ان الموسر في ضمان العتق من يملك ما يساوى نصف المعتق سوى المنزل والخدم 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 بخلافه ونظر اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه واختيار الساكت في تضمين المعتق ابراء للعبد واختياره ان يقول اخترت ان اضمنك او يقول اعطني حقى * 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 يتوقف على قضاء ولا رضاه بخلاف التضمين ولو مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فعن ابيحنيفة رحمه الله ليس له تضمين المعتق لان التضمين بشرط نقل الملك الى المعتق وقد فات النقل بالموت * وفي المشهور عنه له التضمين لان الضمان تستند 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 لا لان هذا تملك للحال وهو غير محل له بخلاف التضمين فانه تضمين من وقت الافساد وهو محل له * * * قوله

ما 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 كل 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 رقبتة او لا يقضى ديننا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرتة بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضى ديننا على الراهن فلماذا يرجع عليه * وقول الشافعي رحمه الله 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 ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه * قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتنى على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للملكية والضعف السالب لها في شخص واحد * * قال

قوله ما سوى الاعتاق وتوابعه مثل التدبير والاستيلاء قوله ما بينا اي احتبست مائة نصيبه قوله ولانه ملكه بالاداء ضمنا كما ينبغي ان لا يملكه لانه مكاتب قال انها يملك ضمنا لاداء الضمان لا قصدا والضمنيات لا تعتبر وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق وان شاء استسعى والولاء له اي في نصيبه قوله باجماع بيننا احترز به عن قول ابن ابي ليلى فان عنده يرجع العبد بما سعى على المعتق لانه يسعى لفكك رقبتة عند ابي حنيفة رحمه الله او لا يقضى ديننا على المعتق على قولهما لانه حرمد يون عندهما فيقضى ديننا عليه لاعلى المعتق بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر حيث يرجع على المعتق باعتبارانه يسعى في رقبتة قد فكت على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وباعتبارانه يقضى دين المعتق على قولهما وقول الشافعي رحمه الله تعالى عليه في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب * وهذا يخالف النص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقفا من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر كلني عتق بقيته ولو بقي رقبتا كما كان لم يكلف عتق نفسه * وقال ابن ابي ليلى اذا استسعى العبد يرجع على المعتق لانه الزمه هذه العهدة قصدا * وقلنا هذا ضمان له بدل وهو حصول العتق له وكل ضمان له بدل لا يثبت الرجوع اولانه لم يلزمه هذه العهدة قصدا وانما يلزمه هذا في ضمن صحة تصرف المالك وكم من شيء يثبت ضمنا وان كان لا يجوز قصدا * وقول زفر رحمه الله كقول ابن ابي ليلى رحمه الله الا ان عند زفر رحمه الله يرجع المعتق على العبد ايضا * وعند ابن ابي ليلى رحمه الله لا يرجع المعتق على العبد لانه ضامن نصفه * وقال ربيع 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 لو لم ينفذ تصرفه في ملكه التام لتضرره * وروى ان ابا يوسف رحمه الله ناظر مع الربيع في هذه المسئلة فقال رأيت لورضى به صاحبه فتخبر الربيع وانما تخبر لانه لو قال جاز كان فيه ترك مذهبه ولو قال لم يجوز كان فيه ابطال علمته * وقال بشر رحمه الله يعتق كله كما قال الا ان الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا قياسا على انلاف سائر الاموال * ونحن تركنا القياس بالنص وهو قوله عليه السلام من اعتق شقفا من عهده وبينه وبين غيره ان كان موسرا ضمن نصيب صاحبه والاستسعى 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 الرضاء لا يتحقق الا بعد العلم والمولى متفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا * * قوله

(قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا) لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلماذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عند وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلامهما يقول اعتق نصيب صاحبه عليه باعتاقه وولاءه له وعتق نصيبى بالسعاية وولاءه لى * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعائته بدعوى الاعتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقتراره 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 ولاتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرقا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحمله 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 دخل ام لا اعتق النصف وسعى لهما في النصف) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا * ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما هانت بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجود الكل والجهالة ترتفع بالشروع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لابعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان وينأى التفرغ فيه على ان اليسار هل يمنع السعاية اولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضى عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضى له فتفاهشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضى له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول * * واذا

قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه وهذا بعد ان يختلف 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 رحمه الله وان كان كاذبا كان العبد مملوكا له واياما كان فله ولاية استسعاؤه واستكسابه قوله ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه حالتي اليسار والاعسار في احد الشيئين التضمين او السعاية ولا يمكن لكل واحد منهما تضمين الشريك للمجود 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 قوله والجهالة ترتفع

(واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراه اعتناق على مامر (ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله 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 بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعته ان اشترى نصفه * لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتناق لان شراء القريب اعتناق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه * وله انه رضى بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتناق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتناق حتى يخرج به عن 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 ملوك للامر ولا يعلم الا مريملكه (وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الاخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب) لانه مارضى بافساد نصيبه (وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده (وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله) 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 رحمه الله وقالوا يضمن اذا كان موسرا * * * * * ومعناه

بالشروع والتوزيع * فان قيل في التوزيع فساد ايضا وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق واجبا به للمعتق * قلنا نعم لكن بطريق الضرورة فانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجود 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 قوله واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب اى زال ملكه عن حصته قوله وكذا اذا ورثاه * صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن اخ وزوج كان النصف للزوج يعتق عليه * او كان لرجلين ابن عم وله 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 باعتناق نصيبه صريحا بان قال له اعتق نصيبك فانه لا ضمان له قوله ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق اى علة 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 الاعتناق ايضا ضمان تملك حتى لا يسقط حق الشريك في التضمين بالاذن قوله حتى يختلف باليسار والاعسار هذا الايضاح لقوله ضمان افساد اى ضمان افساد نصيب الساكت يكون ضمان التسبب وذلك مبنى على صفة التعدي فاذا يختلف باليسار والاعسار اذ الموسر متعدي لانه يكون لاهراز ثواب الاعتناق ويمكن له ذلك بطريق آخر وهو اعتناق عبد غير مشترك فلا يكون مضطرا في ذلك والمعسر مضطر اليه فلا يكون متعديا قوله 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 لاخر 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

ومعناه اذا اشترى نصفه من يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه (واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبر اهدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق والمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال العبد للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشر يكيه موسرا كان او معسرا) واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاتفاق لانه شعبة من شعبة فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الاخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكتب 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 مامر 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 مدبر مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضاء المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلق * * * * *

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 الفرار يثبت بشبهة العد وان يبطل بشبهة الرضاء بمباشرة الشرط وهذا الضمان وجب بحقيقة العدوان وهو الانلاف والافساد فلم يبطل الاجمعية الرضاء صريحا او بمباشرة العلة دون الشرط **قوله** ومعناه اذا اشترى نصفه من يملك كله قيد به لانه اذا اشترى من احد الشر يكتن 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 والمعتق لا يريد الضمان اصلا **قوله** فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكتب ومعنى ثبوت هذه الخيارات ان تصح منه هذه التصرفات ان فعل ما لا يوردى 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 يمكن فاذا اعتقه الآخر بقى هذه الخيارات للساكت **قوله** 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 لاعن قبض فيما اذا غصب مدهن فضة فانكسر عنده وقضى عليه بقيمته من الدنانير وافتراقا لعن قبض ومع هذا لا يبطل القضاء * قلنا الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة ان لا يجتمع البطل والمبدل في ملك رجل واحد فلا يظهر كونه معاوضة فيما عداه اذ الثابت ضرورة لا يعد وموضعها **قوله** لانه عند ذلك مدبر اي عند الاعتاق مدبر * وفي بعض النسخ لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضاء المكاتب بفسخه وهذا غير صحيح لانه عند الاعتاق ليس بمر ولا مكاتب والمستسعى عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان بمنزلة المكاتب لكنه لا يفسخ 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 كنى بالحرية عن التدبير لانه يقضى عليها * * * * *

وعلى هذا الأصل تبنتى عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى * وجه قولها انها منتفع بها وطئاً واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلاث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منتفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الغايات منتفعة البيع اما السعاية والاستخدام فباقيان * ولا يخيفه رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا يسعى لغريم 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 * * * * *

انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها يريد به انه لا يجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستسعاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا فالمقر يزعم انها ام ولد صاحبه فله ان يستديم الملك الى موته والمنكر يزعم انها فيه مشتركة بهما بخلاف ما اذا شهد احدهما على صاحبه بالعتق ففي زعم المقر تعذر استدامة الملك فيها وليس للمقر ان يستخدمها لانه يزعم انها ام ولد الغير ولان يستسعيها لانه بدعوى الاستيلاء يدعى ضمان التملك ويترأ عن السعاية وان مات المنكر عتقت لاقرار المقر انها كانت ام ولده وقد عتقت بموته وزعم المنكر انها مشتركة وان اقرار الشريك فيها نافذ ثم يسعى في نصف قيمتها لورثة المنكر **قوله** وعلى هذا الأصل اي اصل ان ام الولد لا تقوم عند ايخنيفة رحمه الله وعندهما تقوم تبنتى عدة من المسائل * منها اذا مات احدهما حتى عتقت لم يسع للآخر عنده وعندهما يسعى * ومنها انها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شيء لشريكه عليه من الضمان ولالسعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسرا وسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا * ومنها امة حبلى بيعت فولدت لاقبل من ستة اشهر بعد البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعلى البائع ان يرد جميع الثمن ولم يكن له ان يحبس بازاء الام شيئاً عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن * ومنها اذا غصب ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئاً عنده خلافا لهما وذكر محمد رحمه الله في الرقيات ان عند ايخنيفة رحمه الله ام الولد يضمن بالغصب على نحو ما يضمن الصبي الحر حتى لو ماتت حتى انفقها لم يضمن الغاصب ولو قربها الى مسبعة فاقترسها السبع يضمن لان هذا ضمان الجنابة لاضمان الغصب الا ترى انه يضمن الصبي الحر بمثله والذي يوضح كلام ايخنيفة رحمه الله تعالى عليه ان الباقي للمولى على ام ولده ملك الخدمة والمتعة وملك المتعة والمنفعة لا يضمن بالانلاق ولا بالغصب بخلاف المدبرة فالباقي عليها ملك المالية حتى يقضى دينه من ماليتها بعد موته والمال يضمن بالانلاق كذا في المبسوط **قوله** وجه قولها انها منتفع بها وطئاً واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم لان الرطب لا يستباح الا بملك النكاح او اليمين ولم يوجد الاول فتعين الثاني وبقاء الملك آية بقاء المالية والتقوم اذا المملوكية في الاذى ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافي التقوم اذ هو عبارة عن استحقاق لا يرد عليه الا بطلان البيع ولا تنافي بينه وبين التقوم **قوله** ولا يخيفه رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم لان الاذى ليس بمال متقوم في الأصل لانه مخلوق ليكون مالكا للمال لا ليصير ما لا ولكن متى صح احرازه على قصد التمول صار ما لا متقوما فيثبت به ملك المتعة تبعاً فاذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه لها كان لملك المتعة لا لقصد التمول

وفي المدبر ينعتق السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني فقضيها بتكاتبها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يقتقر وجوبه الى التقرم

باب — عتق احد العبدین

(ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احد كما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احد كما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى عليه كذلك الا في العبد الاخير فانه يعتق ربعه) اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فواجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفه * * * * *

فصار في صفة المالمية كان الاحراز لم يوجد اصلا فلا يكون ما لا متقوما وقوله والاحراز للتقوم تابع للاحراز للنسب فكانت محرزة احراز المنكوحات لا احراز المملوكات فلا يعتبر الاحراز للتقوم قوله وفي المدبر ينعتق السبب بعد الموت هذا يناقض ما ذكر في التدبير من قوله 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 * ويمكن ان يقال الاصل ان المعلق سبب عند وجود الشرط فالتدبير تعليق العتق بالموت فكان امتناع البيع والهبة ضرورة تحقيق مقصود المدبر وينعتق سببا للحرية عند الموت كما في سائر التعليقات ولهذا اعتبر من الثلث بعد قضاء الديون فظهر ان المراد من قوله وفي المدبر ينعتق السبب بعد الموت اى في حق سقوط التقوم وثبوت الحرية وبدل عليه انه اخرج هذا الكلام بمقابلة ام الولد ومن قوله فقضيها بتكاتبها اى جعلناها هذا في معنى المكاتبه دفعا للضرر من الجانبين من جانب ام الولد ومن جانب النصراني وبدل الكتابة لا يقتقر وجوبه الى التقوم لانه مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم لانه اسقاط اولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما وقد احتبس عندها لمعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وان لم يكن ما لا متقوما كالفصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب احد الشريكين عند القابل يلزمه بدله او يقال ان الذي يعتق فيها المالمية والتقوم ويجرزها لذلك لانه يعتق جواز بيعها وانما بنى في حقهم الحكم على اعتقادهم كما في مالمية الحجر والله اعلم بالصواب

باب — عتق احد العبدین

قوله ثم مات ولم يبين ومادام حيا يؤمر بالبيان لان الابهام منه فان عني بالكلام الاول الثابت عتق الثالث وبطل الكلام الثاني لانه عتق دائر بين الحر والعبد * فان قيل العتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء فلا يصير جامعا بين الحر والعبد فينبغي ان لا يبطل الايجاب الثاني * قلنا العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان الا ان البيان انشاء من وجه اظهر من وجه فالنظر الى كون البيان انشاء يقتضى ان لا يبطل الاعناق الثاني فيفيد العتق في الداخل والنظر الى كونه اظهارا يقتضى ان يبطل والعتق في الداخل لم يكن فلا يثبت بالشك فبطل الايجاب الثاني وان عني بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول ويؤمر ببيان الكلام الثاني لصحته لكونه دائرا بين العبدين هذا اذا بدء بالكلام الثاني وقال عنيت به الثابت عتق الخارج بالكلام الاول * * * * *

فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك نصيب الداخل * وهما يقولان انه دار بينهما وقضيته التخصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاقا للدخل من قبل فثبت 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 لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الاخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فتجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان * وعند محمد رحمه الله تعالى يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر

وباقى التخرج مامر (ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتما تم تفرعاتها في الزيادات * ومن

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 ويعومر ببيان الكلام الاول فان لم يبين المولى شيئا ومات ادهم فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت يزاحمهما ولم يبق وان مات الداخل خير في الايجاب الاول فان عنى به الخارج تعين الثابت بالايجاب الثاني وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني لمامر فان لم يموت واحد منهم ولكن مات المولى قبل البيان شاع العتق بينهم على اعتبار الاحوال * فان قيل ينبغي ان يعتق كل واحد ولا يسعى في شيء خرجوا من الثلث اولا عند ابي يوسف 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 التوزع باعتبار الاحوال فلا لانه حينئذ ثبت ضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها **قوله** فما اصاب المستحق بالاول لغا * فان قيل لم لا ينصرف ما اصاب الثابت من الايجاب الثاني الى نصفه الفارغ تصحيحا للتصرف بقدر الامكان كما في عقد الصرف * قلنا لو لم 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 وهنا 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 قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتما تم تفرعاتها في الزيادات والفرق واضح على اصل ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق عنده يتجزى فكان الرق ثابتا في الثابت فصح * * * الايجاب

(ومن قال لعبدیه احد كما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتی عتق الآخر)
 لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين الآخر
 ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن والتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصود ان ينافيان العتق المتزامن
 فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين * ولا فرق بين البيع الصحيح والفاقد
 مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا * والعرض
 على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رحمه الله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع
 لانه تمليك (وكذلك لو قال لامرأته احدكما طالق ثم ماتت احدهما * * لها

الايجاب الثاني من كل وجه كما مر واما الطلاق فلا يتجزى فاذا اصابها جزء من الطلاق صارت مطلقة
 فكان جامعا بين مطلقة وغير مطلقة قائلا احديكما طالق فلا يصح انشاء لوقوعه اخبارا فلم يصح الايجاب
 الثاني بكل حال ولان العتق المبهم معلق بشرط البيان فلا يكون الايجاب الثاني مترددا بين الصحة والبطلان
 واما الطلاق في حق البراءة عن المهر لا يقبل التعليق بالشروط فيكون الايجاب الاول في حق هذا الحكم وهو
 البراءة عن المهر مترددا بين الصحة والبطلان فنزل حكمه وهو سقوط نصف المهر لمكان التردد الى الربع
 موزعا على الثابتة والداخلة فيفيد سقوط الثمن من مهر كل واحد منهما * والفرق لابي يوسف رحمه الله
 تعالى عليه 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 يكون مطلقة او منكوحة ثم يصح ايقاع
 الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه * فقلنا ان صح سقط به نصف المهر وان لم يصح
 لم يسقط به شيء فيسقط به ربع المهر ثم يتردد هذا الربع بين الداخلة والثابتة فيصيب الداخلة نصف الربع
 وهو الثمن فلهذا سقط ثمن مهرها * ولا يقال المعتدة مترددة الحال لان هذا طلاق قبل الدخول فلا يوجب
 العدة واما حكم الميراث فللداخلة نصفه والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان لان الداخلة وارثة بيقين ولا
 يزاومها الا امرأة واحدة لان الاخرين مطلقه بيقين بالايجاب الاول * وهذا لانه ان اريد بالايجاب
 الاول الثابتة بطل الايجاب الثاني فكانت الداخلة وارثة وان اريد بالايجاب الاول الخارجة فالايجاب
 الثاني دائر بين الثابتة والداخلة وليست احدهما باولى من الاخرى فينتصف الارث بينهما فكيف ما
 كان فالداخلة وارثة ولا تزاومها الا امرأة فالنصف لها والنصف الآخر بين الاخرين نصفان وعلى كل واحدة
 منهما عدة الوفاة احتياطا لاحتمال كونها منكوحة ولا تتصور عدة الطلاق لعدم الدخول قوله وكذا
 اذا استولد احدهما بان وطىء احدهما فعلمت منه لانها صارت ام ولد له فمن ضرورة صحة امومية الولد
 واستحقاق العتق انتفاء العتق المتجز عنها واذا انتفى عن احدهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة
 قوله للمعنيين * احدهما انه لم يبق محلا للاعتاق من كل وجه والثاني انه قصد ابقاء على ملكه
 الى زمان الموت قوله والمعنى ما قلنا اي من قصده الوصول الى الثمن قوله في المحفوظ
 عن ابي يوسف رحمه الله اي سمع منه ولم يكتب عنه في الرواية * فان قيل لو قال احد هذين ابني
 او احدي هاتين ام ولدى فمات احدهما لم يتعين القائم للعتق والاستيلاء * 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 العبدین وسمى لكل واحد ثمنا وشروط الخيار لنفسه ثم مات احدهما تعين البيع في الهالك
 وهنا تعين العتق في القائم * * * * * قلنا

لما قلنا (وكذا لو وطىء احديهما) لما نبين (ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال تعتق) لان الوطىء لا يحل الا في الملك واحد بهما حرة فكان بالوطىء مستقبيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق * وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهى 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 يقبله والوطىء يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطىء يدل على استيفاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستيفاء

(ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اول عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبده) لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية تكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدت وتترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اول لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة ويسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولاً وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً والمسئلة بجالتها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تثبت على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغم والام ساكنة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استخلاف على فعل الغير * * * * *

* 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 حى وهنا لو تعين العتق فيه لتعين بعد الموت لانه بالاشراف على الهلاك لا يخرج عن محمية العتق وبعد الموت هو ليس بمحل للعتق فعتين في القافم ضرورة والكتابة وتعليق عتق احدهما بالشرط كالتدبير والرهن والايضاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع * فان قيل الاجارة لا تختص بالملك بدليل جواز اجارة الاحرار * قلنا الاجارة على وجه يستحق الاجر لا تكون الا بالملك فتكون تعينا دلالة وذكر التسليم في الهبة والصدقة وقع اتفاقا نص عليه في المحيط والايضاح قوله لما قلنا اى لم يبق محلا للطلاق قوله ثم يقال العتق غير نازل آلتخ هذا البيان ما ادعاه من حل الوطىء لان الحل كان ثابتاً فلو زال انما يزول بالعتق والعتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا المعنى لو قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فوقع العتق على احدهما كان ارشهما للمولى او يقال ان كان نازلا انما ينزل في المنكرة قوله فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبل البيع بان اشترى احد العبدین على ان المشتري بالخيار فيهما يصح واما المنكرة فلا يقبل الوطىء لانه امر حسى فلا يقع في غير المعين فلا يمكن وطىء غير المعينة لذلك فلا يكون الوطىء بيانا في الاخرى بخلاف الطلاق فان بوطىء احديهما في باب الطلاق يأتى بما هو المعظم من المقاصد في باب النكاح فيصير بيانا كما لو باع احديهما فيما نحن فيه لانه اتى بالبيع بما هو المعظم من المقاصد في ملك اليمين والوطىء في ملك اليمين ليس من معظم المقاصد الا ترى ان شرى السجوسية وشرى من يحرم عليها وطئها برضاع او صهرية يجوز بخلاف النكاح قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما الى ان قال عتق نصف الام ونصف

وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى (قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يكون في وصية) استحسانا ذكره في العتاق (وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احدىهن) وهذا بالاجماع (وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الشهادة في العتق مثل ذلك) واصل هذا ان الشهادة على عتق لا تقبل من غير دعوى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة * وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعند الدعوى لا يوجب خلافا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهد انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق * * * والعتق

الجارية * وقال في المبسوط وذكر محمد رحمه الله تعالى عليه 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 اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كإقراره وان حلف فهم ارقاء * واما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتها جميعا ولا يدري ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان والام يعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام **قوله** وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى وجميع الوجوه ستة * احدها ان يتصا دعوا انهم لا يدرون ايهما 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 يتصا دعوا ان الغلام اول والجواب انه عتقت الام والبنات ورق الغلام لانه لاحظ له من العتاق في عموم الاحوال * والرابع ان يتصا دعوا ان الجارية هي الاولى والجواب انهم ارقاء * والخامس ان تدعى الام ان الغلام اول ولم تدع الجارية شيئا وهي كبيرة والجواب انه حلف المولى فان حلف لم يثبت شيء وان نكل عتقت الام دون البنات لان النكول حجة ضرورية * والسادس ان تدعى البنات دون الام فالجواب على عكس هذا **قوله** والشهادة على عتق الامة اي الامة المعينة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى بالاتفاق **قوله** لان الدعوى من المجهول لا تتحقق وذلك لانا لو صورنا دعوى احدى من غير تعيين كانت الدعوى من المجهول وهي لا تصح وكذا اذا ادعى ايضا لا تصح لانها معينان وصاحب الحق غير معين فلم تكن دعوى احدى من صاحب الحق ولان الدعوى حينئذ لا تكون مطابعا للشهادة لان الشهادة على احد العبدین لا على العبدین **قوله** لما انه يتضمن تحريم الفرج اي عتق الامة يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق الشرع وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حسبة من غير دعوى كما في الشهادة بروية هلال رمضان وهد الزنا والشرب والطلاق * فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يكتفى بشهادة الواحدة لانه امر ديني وخبر الواحد فيه حجة تامة * قلنا

والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدین وهذا كله اذا شهد في صحته على انه اعتق احد عبده اما اذا شهدا انه اعتق احد عبده في مرض موته او شهدا على تدييره في صحته او مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احد كما مر قد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية * وقيل تقبل للشروع والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب الخلف 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 لانه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم خلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا * * * * *

* قلنا خبر الواحد انما يكون حجة في الامر الديني اذا لم يتضمن ازالة حق العبد وهنا يتضمن ازالة الملك والمالبة وهو حق العبد وخبر الواحد لا يكفي لذلك فلنقلنا لا بد من ان يشهد رجلان قوله والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج * فان قيل اذا كانت هي اخته من الرضاع قبلت الشهادة على عتقها مع وجودها وليس فيه تحريم الفرج * قلنا فيه معنى الزنا لان فعل المولى قبل العتق لا يلزمه الحد وبعد العتق يلزمه على ان الامة في انكار العتق متهمة لما لها من الحظ في الصحبة مع المولى ولا معتبر بانكار المتهم في انكاره فجعلت كالمدعية وهذا كالشهادة القائمة بالمال على الصبي مع اقرار الوصى فانها تقبل وان كانت الشهادة انما تقبل في حق المنكردون المقرر الان اقراره مردودا عن عاقل منكر معنى فكذا الانكار من الامة لما كان مردودا شرعا للثمة 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 الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى او الوارث فانزل الوصى او الوارث مدعيا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وانما يجبر على البيان اذا انكر لان حق غيره تعلق بحق له فجعل مدعيا كيلا تكون دعوى العبد شرطا وجعل مدعيا عليه حتى يجبر على البيان توفيرا للحقين قوله لانه ليس بوصية اي نظرا الى الوجه الاول من وجهي الاستحسان لانه لما لم يكن وصية لم يكن الميت مدعيا تقديرا * وقال بعضهم تقبل لان العتق شاع فيها بعد الموت وهو الوجه الثاني من وجهي الاستحسان والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب الخلف 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 الايجاب لا يصح الا في الملك او مضافا الى الملك ولم يوجد * قلنا قد وجد لانه اضاف العتق الى مملوك له زمان الدخول لان معنى قوله يومئذ يوم اذا دخلت فاعتبر قيام الملك وقت الدخول * * * * *

(قال ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الى وقت الدخول فلا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) وهذا اذا ولدت لسته اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لامقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا * قال رضى الله عنه وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لى

تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها (وان قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد او قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى اخر ثم جاء بعد غد عتق الذى ملكه يوم حلقى) لان قوله املكه للحال حقيقة * يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللإستقبال بقرينة السنين او سوف فيكون مطلقه للحال فكل الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى

مملوكا آخر فالذى كان عنده وقت اليمين مدبر والاخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث) وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلقى ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لى اذا مات فهو حر * له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر * ولهما ان هذا ايجاب عتق وايضاء حتى اعتبر من الثلث وفي الرصايا 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 انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايضاء يتناول الذى يشتريه اعتبارا للحالة المترتبة وهى حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محص فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لى او كل مملوك املكه فهو حر * بخلاف

* قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق اى الذى اشتراه بعد اليمين وهذه اليمين لا تتناول الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب الا ان يعينهم وكذا عبيد عبده التاجر * وهو قول ابي يوسف رحمه الله سواء كان على العبد دين او لا * وعلى قول محمد رحمه الله عتقوا نواهم اولا وعليه دين اولا * وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا وان نواهم ويدخل المدبر والمدبرة وام الولد ولدهما والذكر والانثى لان اسم المملوك عام وكذلك يدخل فيه العبد المرهون لان الملك لم يختل فيه ولو قال عتيت به الذكور دون الاناث لم يصدق في القضاء لان اللفظ عام فلا يصح التخصيص بمجرد النية في الحكم ولو قال عتيت به ما يستقبل 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 لاثبات العتق فيما يستقبل لانه قصد اثباته بلفظ محتمل قوله ولهذا لا يملك بيعه منفردا وكذا لا يجوز اعتاقه عن كفارة يمينه وكذا لا تجب عنه صدقة الفطر وكذا اذا حلق لا يشترى مملوكين فاشترى جارية حاملا لا يحنث قوله والحالة الراهنة اى الموجودة القائمة وانما سميت بالحالة الراهنة لان الرهن هو الحبس والمرء محبوس فيه دون الذى يليه قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه * * * * *

بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايضاً والحالة محض استقبال
فافتراقاً * ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال * لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق
ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد والله تعالى اعلم بالصواب

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 في البيع فاذا قبل صار حراً وما شرط دين عليه * * حتى

جواب سؤال وهو ان اللفظ لما لم يتناول فلم يعتق اذا بقى ملكه يوم مات * فاجاب ان هذا الكلام ايجاب
عتق وايضاً فمن حيث انه ايجاب عتق يتناول المملوك الحالى ولا يتناول المستحدث لان الايجاب يصح
مضافاً الى الملك اوسبب الملك ولم يوجد في حق المستحدث واحد منهما فلا يتحقق في حقه التدبير المطلق
ويتناول المستحدث من حيث انه ايضاً فاذا تناولها الايجاب صار الذى يملكه وقت التكلم مراداً به بلا
احتمال فصار مدبراً فلم يجوز بيعه فاما الذى ملكه فيما يستقبل فانه لم يصبر مراداً 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 يتناول الايجاب حينئذ لكونه واقفاً على حال الموت فوجب له
العتق وصار موصى له فزاحم الاول فى الثلث فوجب ان يقسم الثلث بينهما فيضرب كل واحد منهما فى
ذلك بقيته بخلاف قوله بعد غد لانه يتناول الحالة الراهنة * وانما الحق المستقبل بالحال اذا قام عليه
الدليل وهو الايضاء الذى يتصل بحال الموت فالحق حال الموت بالحالة الراهنة ولم يعم الدليل فى تلك
المسئلة لان بعد الغد استقبال محض وليس من الحال فى شىء فافتراقاً * فان قيل قد جمعتم بين الحال
والاستقبال لان الحالة المترتبة استقبال محض وذا لا يجوز لان قوله املكه حقيقة للحال مجاز للاستقبال عند
البعث وعند البعض هو مشترك بينهما فيؤدى الى الجمع بين الحقيقة والمجاز او الى تعميم المشترك وكلاهما
لا يجوز * قلنا هذا الكلام يتناول الموجودين حال الاعتاق ولكن حال الاعتاق من وجه حال التكلم 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 وايضاً والايجاب لا يصح الا فى الملك او مضافاً الى سببه فيتناول المملوك من حيث انه
ايجاب حتى يصبر مدبراً ويتناول من يشترىه من حيث انه ايضاً فجمعنا بينهما بسببين مختلفين * وانما
لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد * وهذا كاختلافهم فى قوله لله على ان اصوم رجياً ونوى به النذر
واليمين فان ابا يوسف رحمه الله لم يجمع بين النذر واليمين لان احدهما حقيقة والاخر مجاز وهما
جوزاه لانه نذر بصيغته يمين بموجبه والتحقيق هو الاول والله تعالى اعلم بالصواب

باب العتق على جعل

قوله ومن اعتق عبده 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 تعطينى الف او على ان يجوزنى
بالف فقبل العبد عتق وما شرط دين عليه لانه التزمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للالتزام وقد تأكدت
بالعتق ويجوز ان يجيب المال عليه وان لم يملك ما قابله من ملك المولى كما يجيب المال على المرأة
بقبول الطلاق وان لم تملك شيئاً بمقابلته * * * * * قوله

حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي 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 والصالح عن دم العهر وكذا الطعام والمكبل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة (قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل ان يقول ان ادبت الى التي درهم فانت حر * ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبة في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده 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 رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لاستحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبذل فيها واجب * ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحتمل على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان باقنا فجعلناه تعليقا في الابتدء عملا باللفظ ودفعنا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسرى 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 الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه * * * * *

قوله حتى تصح الكفالة به لانه دين مطلق لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح الكفالة به لثبوته مع قيام الرق المنافي لثبوت الدين اذ المولى لا يستوجب على عبده ديننا قوله اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة قوله ولا تضره جهالة الوصف يعنى وان لم يقل انها جيدة اوردية ربيعية او خريفية قوله ومراده التجارة دون التكدى لانه حرام او لانه من امارة الحساسة قوله فجعلناه تعليقا في الابتدء عملا باللفظ ودفعنا للضرر عن المولى حتى لا يتم بالمولى وحده ولا يحتمل الفسخ ولا يمتنع جواز البيع ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء ولا يكون العبد احق بمكاسبه قوله وجعلناه معاوضة في الانتهاء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول اذا ادى العبد المال كما في الكتابة اذ الجبر يجرى على قبض العوض في المعاوضات وان لم يجبر في التعليقات وهذا لان المولى رضى بالعتق عند ادا العوض اليه والعبد ماتحمل المشقة في اكتساب المال الا لئلا شرف الحرية فلو لم يجبر عليه لتضرر العبد ولو اجبر لا يضرر السيد به * فان قيل لا يمكن جعله معاوضة لان البذل والمبدل عند الاداء كله للمولى * قلنا لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذى بينا يشترط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالرد فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء قوله فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل اى فعلى العمل بالشبهين دار المعنى الفقهى وخرجت المسائل المتعارضة باعتبار الابتدء والانتهاء قوله نظيره الهبة بشرط العوض فانه يعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشروع ويرد بالعيب وخيار الرعية عملا بالشبهين قوله كما اذا حط البعض وادى الباقي يعنى لا يعتق باداء البعض * * * * *

* ثم الاداء في قوله ان ادبت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا ادبت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة منى (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 بالف 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 قالوا لا يعتق عليه في مسألة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح (قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته اربع سنين) اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد بالخلافة بناء على خلافة اخرى وهى ان من باع نفس العبد منه بجزارية بعينها * * * * *

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 وهنا لامال على العبد فبطل الحط والابراء ولا يعتق مالم يتم الشرط كما اذا قال ان كلمت زيدا وعمرا فانك حر ثم قال له حطت عنك كلام احدهما فانه لا يصلح لان الحط فسخ لان قدر المحطوط يخرج عن العقد واليمين لا يحتمل الفسخ قوله ثم الاداء في قوله ان ادبت 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 فكذا هنا * لانا نقول انما لزم هذا من ضرورة تحقق احد حكمى التعليق وهو الحنث فكان مستثنى كما ان مالزم من ضرورة تحقق الحكم الاخر للتعليق وهو البر في قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابس صاقد لللبس الذى يوجد عند النزع مستثنى ليحصل مقصود الخالف قوله 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 اذا لم يعلقه بالقبول وهنا علقه بالقبول وهذا كقوله ان شئت فانك طالق غدا فان المشية تشتت للحال بخلاف ما اذا قال انت طالق غدا ان شئت فانه لا تشتت المشية في الغد لانه اضاف الطلاق الى الغد ثم جعل المضى 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 قوله قالوا لا يعتق عليه في مسألة الكتاب مالم يعتقه الوارث لان الميت 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 الاباثبات واحد من الوارث والوصى والقاضى لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق وذلك لانه لما كان لا يعتق الا بالقبول لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الاباعتاق من هوءاء كما لو قال انت حر بعد موتى بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق احد قوله ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين بان قال انت حر على ان يخذ منى اربع سنين فقبل فهو حر قوله بالخلافة بناء على خلافة اخرى وهى ان من باع نفس العبد منه بجزارية * * * * *

ثم استخفت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى معرفة * ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد

وكذا بموت المولى فصار نظيرها (ومن قال لا آخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها

ففعل فابت ان تتزوجه فاعتق 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 البدل 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 اداه الامر وما اصاب المهر بطل عنه) لانه قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واما اذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبيع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم حصته وهو البيع * * * * * فلو

بعينها ثم استخفت الجارية او هلكت فى يد العبد قبل التسليم رجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما

وبقيمة الجارية عنده * له انه معاوضة المال بها ليس بمال لان نفس العبد ليست بمال فى حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد ولم يسلم العبد اليها حتى استحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لابقية البيع اى مهر المثل * ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال فى حق المولى وكذا المنافع باجراد

العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض او استخفت فان البائع يرجع بقيمة ابية لابقية الامة وكما لو باع العبد بسكنى دار وقبض العبد ومات عنده ثم انهدمت الدار واستخفت فانه يرجع بقيمة العبد قوله ثم استخفت الجارية او هلكت قبل التسليم الى المولى فى يد العبد قوله وكذا

بموت المولى اى ان مات المولى فللورثة ان يأخذوه بما بقى من خدمة السنة من قيمته عندهما وعند محمد رحمه الله بما بقى من قيمة الخدمة قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا هونا يأخذونه بما بقى

من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعد موته كما لو كان اعتقه على الف درهم واستوفى بعضها ثم مات كان للورثة ان يأخذوه بما بقى من الالف ولكن فى ظاهر الرواية يقول الناس متفانون فى الخدمة وانما كان الشرط ان يخدم 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 يتفانون فيه فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا يورث فلا يمكن ايفاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته او قيمة الخدمة على ما اختلفوا قوله وقد

قررناه من قبل اى فى الخلع فى مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة قوله ولو قال اعتق امتك عنى على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه وقع العتق عن الامر وقسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر * فان قيل وجب ان لا تعتق الامة عن الامر لان

البيع فيها فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف اولانه ادخل النكاح فى البيع وادخال الصفقة فى الصفقة مفسد للبيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض ولا عتق عنه فيما لا يملك له فيه الا ترى انه لو قال اعتقها عنى فاعتقها عنه يقع العتق عن المأمور لانه استيهاب والهبة لا يفيد الملك بدون القبض وان كان العتق عن الامر ينبغى ان يجب عليه قيمة الامة لانه موجب البيع الفاسد قيل ان البيع هنا فى ضمن الاعتاق

عنه فاخذ حكمه لما عرف ان المقتضى تبع للمقتضى والبيع انما يفسد بالشروط الفاسدة اذا وقع قصد 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 رحمه الله * * * * * ان

فلو زوجت نفسها منه لم يذكره * وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهى للمولى فى الوجه الثانى وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها فى الوجهين والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

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 رحمه الله تعالى عليه 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 حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا فى الحال اولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية المتصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمانع هو المقصود وانه يصاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال كالورثة وابطال السبب لا يجوز وفى البيع وما يضاهاه ذلك *

ان الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه نصير قابضة نفسها ادنى قبض والقبض الادنى يكفى للبيع الفاسد ولا يكفى للهبة كالقبض مع الشبوع فيما يحتمل القسمة ومع اتصال الثمار على رؤس الاشجار يكفى 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 اذ جمع بين عبد ومدبر فى البيع * وذكر فخر الاسلام والامام الكشافى رحمهما الله لم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج فى الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فلم يبطل بالشرط الفاسد كالاتاق **قوله** فلوزوجت نفسها منه لم 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 والله اعلم بالصواب * * * *

باب التدبير

قوله اذا قال المولى لمملوكه اذامت فانت حر وكذا اذا قال انت مدبر بعد موتى او انت حر مع موتى وكذا اذا قال اوصيتك برقبتهك 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 **قوله** وهو حر من الثلث من تنمة الحديث **قوله** ثم جعله سببا فى الحال اولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت * ولا يقال انه موجود حكما حينئذ وان كان معدوما حقيقة لان الشئ انما يعتبر وجودا حكما اذا امكن وجوده حقيقة ولا يمكن لوجوده منه بعد موته لاستحالة وجود الفعل من الميت ولا يمكن تقديره حيا بعد الموت لان هذا الحكم لا يثبت الا اذا حكم الشرع بهوته ومضى حكم الشرع بهوته استحالة ان يحكم بحيوته لافضائه الى التناقض فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية ولا يلزم اذا جن بعد التعليق بدخول الدار ووجد الدخول فانه يعتق العبد وان لم يكن هو اهلا لان الجنون لا ينافى اهلية العتق من كل وجه ولهذا يعتق عليه قريبه بالارث ولان المحل باق على ملكه ثمه ولا كذلك ههنا **قوله** ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال اى الايصاء سبب خلافة كالورثة *

(قال وللمولى ان يستخذ مهويو اجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها) 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 فتجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) * وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله عنهم (وان

علق التدبير بهوته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضى هذا او سفرى هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة (فان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء جيوته لتحقيق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيّد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغائب لانه كالكائن لا محالة والله تعالى اعلم بالصواب

باب — الاستيلاء

(اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تملكها) لقوله عليه السلام * اعتقها

اي كسبب الوراثه لانه اثبات الخلافة في ملكه للموصى له مقدما على الوارث فاعتبر للحال سببا لاثبات الخلافة كالقرابة الا ان الوصية بالمال تبرع بالمال والوصية بالعتق تبرع بالعتق والتبرع بالمال لا يقع لازما فبسببه ايضا لا يكون لازما فلم يمتنع ابطاله بالبيع ونحوه واما العتق فلا يثبت الا لازما فالسبب الذى يوجبه لا ينعقد الا لازما فيمنع جواز البيع لان سبب العتق اذا وجد يلزم ولا يجوز ابطاله لان سبب العتق يثبت حق العتق والحق ماحق بالحقيقة فكما لا يجوز ابطالها لانها حقه لا يجوز ابطاله لانه حقه كالاستيلاء وفي البيع وما يضاويه من الهبة والامهار ابطال السبب قوله وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم روى انه خوصم الى عثمان رضى الله تعالى عنه في اولاد المدبرة فقال ما ولدته قبل التدبير فهو عبد وما ولدته بعد التدبير فهو مدبر وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد فيصير اجماعا قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان السبب لم ينعقد

قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة * وقال ابو يوسف هو تدبير مقيّد * فان قيل اذا قال اذا جاء غد فانت حر لا يكون سببا في الحال ولا يمتنع بيعه مع ان محي الغد كائن لا محالة كالموت * قلنا لا نسلم انه كائن لا محالة فانه من الجائز ان تقوم القيمة قبل محي الغد او يقول ان الكلام في الاعم الاغلب فان الاعم في سائر التعليقات ان لا يكون كائنا لا محالة لتحقيق معنى الشرطية فلا يرد الافراد مثل الغد علينا نقضا او نقول في التدبير معنى الخلافة وليس في التعليق بالغد ذلك والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

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 المريسى وداود الاصفهانى ومن تابعه من اصحاب الظواهر يجوز بيعها ولا يعتق بهوت المولى وهو قول على رضى الله عنه * وحكى عن ابي سعيد البردعى استناد الكرخى رحمه الله انه خرج حاجا * * * * * من بردعة

اعتقها ولداها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزية قد حصلت بين الواطى والموطوءة بواسط الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزية حكما لاحقيقة فضعف السبب فاجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحره زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجلا 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 ولداها الا ان يعترف به) * وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطى * وانه اكثر افضاء اولى * ولنا ان وطى الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد * * *

من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلوة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داود فسأله حنفي عن بيع ام الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها يجوز اجماعا قبل العلوق فتحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ما ثبت باليقين لا يرتفع الا باليقين مثله فتخير الحنفي لانه لا يقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال ابو سعيد اجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان في بطنها ولدا حرا فتحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتخير داود فانقطع فلما رأى وهنه ووهن 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 جفاء واما ما ينفع الناس فيمكث في الارض فما لبث ان قرع انسان بابيه واخبره بموت داود فاستقر امره بعد ذلك قوله اعتقها ولداها قاله عليه السلام للاربية القبطية لما ولدت ابراهيم وحديث ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه صار بيانا لان المراد بقوله اعتقها اي اثبت فيها حق الحرية قوله ولان الجزية قد حصلت الى آخره وهذا لان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما * واليه اشار عمر رضى الله عنه في قوله وقد اختلط لحومكم بلحومهن ودماءكم بدمائهن ولم يرد به نفس الاختلاط بدليل ان الاستيلاء لو كان بالزنا لا يصير ام ولد له متى ملكها وانما اراد به ما ثبت بسبب الاختلاط وهو حرية الولد لكن بشرط ان يكون الولد منسوب اليهما بدليل ان المولى لو اعتق ما في بطن جاريته لم يثبت لها حق العتق فلو كان ثبوت حق العتق لها باعتبار الاتصال بالولد الحر ليثبت هنا وحيث لم يثبت نل على انه غير مبني على هذا بل هو بناء على جزية حصلت بين الواطى والموطوءة بواسطة الولد بل حصل الاتحاد بينهما لان اضافة الولد الى كل واحد منهما على سبيل الكمال دليل اتحادهما والجزية واتحاد كل واحد منهما يوجب الجزية الا ان هذا الاتحاد حكمي غير حقيقي فيوجب حق الحرية لا حقيقتها وبعد الانفصال ايضا تبقى الجزية حكما لاحقيقة فاجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت قوله وبقاء الجزية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال اي بقاء الجزية حكما انما يكون بحكم جزية مؤكدة بثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب * فان الولد ينسب الى ابيه والام تنسب اليه بواسطة الولد فلماذا تثبت الجزية في حقهم لا في حقهن حتى لو تزوج عبد حرة ثم ملكت الحره زوجها وقد ولدت منه لم يثبت له عتق مؤجل الى موته حتى لا يعتق بموتها قوله لان الاستيلاء لا يتجزى يريد به انه اذا امكن تكميله بان يتملك نصيب صاحبه بالضم

لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطى بخلاف العقد لأن الولد تعين مقصودا فيه فلا حاجة الى الدعوة (فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالعقود بعد النكاح (الا انه اذا نفاه ينتفى بقوله) لان فراشا ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذى 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 يقابله ظاهر آخر هكذا روى عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى (وان زوجها فجأت بولد فهو في حكم امه) لان حق الحرية يسرى الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القننة رقيق (والنسب يثبت من الزوج) لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعنق امهات الاولاد * * * * * وان لا يبعن

اما اذا لم يمكن تكميله بان استولد مدبرة مشتركة بينه وبين غيره يقتصر على نصيبه عند ابي حنيفة رحمه الله **قوله** لوجود المانع وهو ذهاب التقوم عند ابي حنيفة رحمه الله ونقصان القيمة عندهما **قوله** الا انه اذا نفاه ينتفى بقوله اى من غير لعان * وفي المبسوط وانما يملك نفيه ما لم يقض القاضى به او لم يتناول ذلك فاما بعد قضاء القاضى فقد لزمه بالقضاء على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه وجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنية ونحوه فيكون كالتصریح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول وقد سبق في اللعان **قوله** فان كان وطئها وحصنها المراد من التحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبه الزنا وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه **قوله** لان هذا الظاهر وهو ان يكون الولد من المولى باعتبار ان الظاهر عدم الزنا يقابله ظاهر آخر اى يعارضه ظاهر آخر وهو ان يكون الولد من الزنا لوجود احد الدليلين وهما العزل وعدم التحصين * وهذا مروى عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه **قوله** وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله تعالى اى عن كل واحد رواية وبدل عليه اعادة كلمة عن * روى عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن لها وحملها لامرها على الصلاح * وعن محمد رحمه الله انه قال لا ينبغي له ان يدعى النسب اذ لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استحقاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتمل من الجانبين **قوله** وان كان النكاح فاسدا * وفي الايضاح اراد بالفاسد هنا ما اذا اتصل به الدخول وهو حينئذ في اثبات النسب ملحق بالنكاح الصحيح وكان الفراش فيه ما هو الثابت في النكاح الصحيح فكان اقوى من فراش ام الولد **قوله** ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لانه لا احتمال 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 واستغنائه * * * * * عن

وان لا يبغى 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)
 لماروينوا لانها ليست بمال متقوم حتى لاتضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم (واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها) وهى بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدى السعاية * وقال زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها * وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها * له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق * ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكانة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمى لانبعائها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمى الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهى مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك وما يعتقد ولانها ان لم تكن متقومة فهى محترمة وهذا يكفى لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقيين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لوردت قنة اعيدت مكانة لقيام الموجب (ومن استولى امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له) * وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحققت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا * وله فيه قولان وهو ولد المغرور * له انها علفت برقيق فلا تكون ام ولد كما اذا علفت من الزنا ثم ملكها الزانى وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل * * * * * ولنا

عن النسب فبقى معتبرا في حق الام لانها محتاجة الى حق امية الولد بخلاف ما اذا اقر بالاستيلاء بالزنا لانه احتمال للنسب مع نصرجه بالزنا قوله وان لا يبغى وفي بعض النسخ وان لا يسعين قوله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعنى اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص بدنيهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمتقوم حتى يأخذوا بمقابلته 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 قوله ومالية ام الولد * جواب عما يلزم على ابي حنيفة رحمه الله ان مالية ام الولد غير متقومة عنده * فاجاب بوجهين احدهما ان مالية ام الولد متقومة في اعتقاد الذمى فيترك وما يعتقد كما في مالية الخمر والثاني ان مالية ام الولد وان لم تكن متقومة ولكن ملكه فيها محترم وقد احتبس عندها بمعنى من جهتها وهذا يكفى لوجوب الضمان كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب الشريكين بعفو صاحبه يلزمه بدله * فان قيل لو كان احترامها كافيا لوجوب الضمان ينبغى ان يجب الضمان بغصب ام الولد لما انها حرام التعرض بالغصب ومع ذلك لا يجب الضمان به عند ابي حنيفة رحمه الله * 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 المعنى * قوله لقيام الموجب وهو وجوب ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت * * * * * قوله

* ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الوساطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزءه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لافه 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 عقرها ولاقيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاء (وان وطى اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب) لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب (ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب) لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية (واذا كانت الجارية بين الشريكين 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 العلق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائتين (وصارت ام ولد له) لان الاستيلاء لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك (ويضمن نصف عقرها) لانه وطى جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاء فينتقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاء فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلق فلم ينعلق شيء منه على ملك الشريك * * * * * وان ادعياه

قوله ولنا ان السبب هو الجزئية اي الجزئية مع النسبة الى الاب لانه اذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف الى كل واحد منهما على سبيل الكمال فيصير هي منسوبة اليه باعتبار هذه الوساطة فصار نفسها كنفسه لما صار بعضها كبعضه ثم لو ملكه 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 واقر بذلك ثم ملكها يصير ام ولده قياسا وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه لانه ولده حقيقة حتى لو ملكه يعتق عليه فكذا امها تكون ام ولده * وفي الاستحسان لانصير ام ولد له لان الموجب لحق العتق لها صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد ولم يوجد هنا لان نسب الولد بالزنا لا يثبت ولانصير هي منسوبة اليه بدون هذه الوساطة وانما عتق عليه الولد لو ملكه لانه جزءه حقيقة وكما لا يستديم للانسان الملك على نفسه لا يستديم الملك على جزئه قوله نظيره من اشترى اخاه من الزنا اي اخاه لاب 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 مدبرة او ام ولد الابن بحيث لا ينتقل الى الاب بالقيمة فدعوته باطله ثم دعوة الاب انما تصح بشرطان الجارية في ملك الابن وقت العلق ووقت الدعوة وان لا يخرج من ملك الابن فيما بين ذلك حتى يمكن استناد الملك الى ما قبل الاستيلاء * قوله ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد هذا اذا جاءت به بعد موت الاب لستة اشهر فصاعدا واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر لا يثبت من الجد قوله لا ينعلق من مائتين اي من ما 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 العلق * * * * * في

(وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) معناه اذا حملت على ملكهما * وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من 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 للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم اجمعين * وعن علي رضى الله عنه مثل ذلك * ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن تتعلق به احكام متجزية * فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية * وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كمالا كما لو كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضى الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطعا لظعنهم فسر به (قال وكانت الامة ام ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعاً لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الاخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لانه اقرله بميراث كله وهو حجة في حقه (ويرثان منه ميراث اب واحد) لاستوائهما في السبب * * * * * كما

في غير الملك فينبغي ان يجب العقر * قلنا الاستيلاء عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فتقدم الملك على جملة الفعل فيقع الوطى في الملك قوله معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بهذا لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها 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 رحمه الله يرجع الى قول القافة هي جمع القائف وهم جماعة يعرفون بانهم يعرفون اولاد الناس بالشبه * تمسك الشافعي رحمه الله بما قالت عائشة رضى الله عنها دخلت على رسول الله عليه السلام واساير وجهه تبرق من السرور * وقال اما ترين يا عائشة ان مجرز المدلجى مر باسامة وزيد * وهما نائمان تحت لحاف واحد وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه اقدام بعضها من بعض فسرور رسول الله عليه السلام بقول القائف دليل على ان قوله حجة في النسب * وقائنا ان قول القائف رجم بالغيب ودعوى بما استأثر الله تعالى بعلمه في قوله تعالى ويعلم ما في الارحام ولا برهان له في قوله مع انه كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد الى غير الالباء ومجرد الشبه غير معتبر الا ترى ان الله تعالى حكم باللعان بين الزوجين عند نفى النسب ولم يأمر بالرجوع الى قول القائف واعتبار الشبه وانما سر به عليه السلام لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدونه ان عند القائف علما بذلك فكان قول القائف ردا لظعن الكفار لان قول القائف حجة في النسب شرعا كذا في المبسوط قوله وهو للباقي 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 كالنفقة والارث وولاية التصرف في ماله والحضانة وما لا يقبل التجزية كالنسب وولاية الانكاح قوله وعلى كل واحد منهما * * * * * نصف

كما اذا اقاما البينة (واذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه * ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن (قال وعليه عقرها) لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كافي لصحة الاستيلاء لما نذكره (قال وقيمة ولدها) لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية ام ولد له) لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور (وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت) لما بينا انه لا بد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله تعالى اعلم بالصواب * كتاب الايما

نصف العقر قصاصا لما له على الآخر * فان قيل لا فائدة في وجوب العقر لانه يصير قصاصا * قلنا فيه فائدة فربما يرى احداهما عن حقه فيبقى حق الاخر فتتوجه المطالبة **قوله** كما اذا اقاما البينة اي 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 ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه اي لا يشترط تصديق المكاتب بل يثبت بمجرد دعوة المولى كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى فكذلك جارية الابن كسب كسب الاب او يقول للمولى في المكاتب ملك الرقبة وليس للاب على الابن ملك الرقبة ولا ملك اليد بل للاب في 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 اعتق المكاتب يصح مع انه لا عتق فيما 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 اي وعلى المولى قيمة ولد جارية مكاتبه يوم ولد **قوله** ولو ملكه يوما اي لو ملك المولى يوما ولد جارية المكاتب الذي ادعاه وكان لم يثبت نسبه عند الدعوة بسبب تكذيب المكاتب يثبت نسبه عند ملكه اياه * وذكر في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في 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 في المحل 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 والله تعالى اعلم بالصواب * * * كتاب الايمان

كتاب الایمان

(قال الایمان على ثلثة اضرب الیمن الغموس ویمین منعقدة ویمین لغو فالغموس هو الحلفى على امر ماض ینعمد الکذب فيه فهذه الیمن یأثم فيها صاحبها) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا ادخله الله النار (ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة * ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة * * * * حتى

كتاب الایمان

الیمین فى اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى لاخذنا منه بالیمین وقال الشماخ اذا ما راية رفعت لمجد تلقنتها عرابة بالیمین * وفى الشريعة عبارة عن عقد قوى به عزم الحالف على الفعل او الترك وسمى هذا العقد بها لان العزيمة يتقوى بها * واما شرطها ففى الحالف كونه عاقلا بالغيا وفى الحلفى كونه خبرا محتملا للصدق والكذب عندنا * وعند الشافعى رحمه الله نفس الخبر * واما حكمها فالبرحال بقاء الیمین اذا وجب تحقق البر * وقيد به لان من الایمان ما لا يجب تحقق البر فيها كما اذا حلف على معصية والكفارة عند فوات البر خلفا عنه * وهى نوعان یمین بالله تعالى او صفته ویمین بغيره تعالى فالاولى مشروعة بالكتاب قال الله تعالى وتالله لاكيدن اصنامكم والسنة قال صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا والاجماع فالصحابه رضى الله تعالى عنهم ومن بعدهم يحملون * وذكر فى المبسوط ان الیمین على نوعين نوع يعرفه اهل اللغة وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به ويسمون ذلك قسما الا انهم لا يخصصون ذلك بالله وفى الشرع هذا النوع من الیمین اى تعظيم المقسم به لا يكون الا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لايجوز هتك حرمة اسمه بحال * والنوع الاخر الشرط والجزاء وهو یمین عند الفقهاء لما فيها من معنى الیمین وهو المنع او الايجاب ولكن اهل اللغة لا يعرفون ذلك لانه ليس فيه معنى التعظيم * قال رضى الله تعالى عنه الایمان على ثلثة اوجه الیمین الغموس وفى بعض النسخ یمین الغموس على الاضافة فى المغرب هو خطأ لغة وسماعا * وفيه سميت غموسا لانها تعمس صاحبها فى الاسم ثم فى النار فالغموس هى الحلف على امر ماض وذكر الماضى ليس على الشرط فانها تكون فى الحال ايضا نحو قوله والله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه وهى ليست بيمین على الحقيقة لان الیمین عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه یمینا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة الیمین كما سمي النبى صلى الله عليه وسلم بيع الحرة بيعا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع * ثم لا تنعقد هذه الیمین فيما هو حكمها فى الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار * وعند الشافعى رحمه الله تنعقد موجبة للكفارة فمن اصله محل الیمین نفس الخبر وشرط انعقادها القصد الصحيح وعندنا محل الیمین خبر فيه رجاء الصدق لانها تنعقد موجبة للبر * ثم الكفارة خلف عنه عند فوات البر فالخبر الذى لا يتصور فيه الصدق لا يكون محلا للیمین والعقد لا ينعقد بدون محله * وحقته قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن

حتى تتأدى بالصوم وتشترب فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالتحاق (والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا (ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو ان يقول والله لزيد وهو يظنه زيدا و انما هو عمرو * والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم الآية * * * * *

ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم فالله تعالى اثبت المؤاخذة في اليمين المكسوبة والغموس بهذه الصفة لانها مقصودة بالقلب * ثم فسر هذه المؤاخذة بالكفارة في قوله ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان معناه بما قصدتم فالعقد هو القصد * ومنه سميت النية عقدة فواجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارته لان الفاء للموصل * وقال في آخر الآية ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والكفارة بنفس الحلف انما يجب في الغموس * والمراد بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم الامتناع من الحلف * وحجتنا فيه قوله تعالى ان الذين يشتركون بهد الله وايمانهم ثمنا قليلا الآية فقد بين الله تعالى جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها * وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر فيها اليمين الفاجرة والمعنى فيه انها غير معقودة لان عقد اليمين للحظر او للايجاب وذلك لا يتحقق في الماضي والخبر الذي ليس فيه توهم الصدق والعقد لا ينقذ بدون محله كالبيع لا ينقذ على ما ليس به مال لخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا للكفارة كالزنا والردة * وهذا لان المشروعات تنقسم ثلثة اقسام عبادة محضة وسببها مباح محض * وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض * وكفارات وهي تتردد بين العبادة والعقوبة فمن حيث انها لا تجب الاجزاء تشبه العقوبة من حيث انه يعني بها ولا يتأدى الابنية العبادة ويتأدى 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 فيصاح 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 الصدق انه ينقذ موجبا للاصل ثم الكفارة خلفا ومعنى قوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم وحنثتم كما في قوله تعالى فمن كن منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر * والمراد بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم المؤاخذة بالوعيد في الآخرة قوله 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 فيمقارن فيمبناها عن الانعقاد فكانت اليمين في الغموس غير منعقدة فلما كان كذلك لم يلزم من وجوب الكفارة في المنعقدة وجوبها في الغموس ولانه قارنها ما يتحلها ولو طرء 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 * * * * *

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 وهز لهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء) لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغيب عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدور على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب

يجب اتمام البر فيها وهو ان يعتقد 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 يطبع الله فليطعه ومن حلف ان يعصى الله فلا يعصه * ونوع يتخير فيه بين الحنث والبر والحنث خير من البر فيندب فيه الحنث لقوله عليه السلام من حلف على اليمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير وليكفر يمينه وادنى موجبات الامر بالذنب * ونوع يستوى فيه فعل البر والحنث في الاباحة فيتخير بينهما وحفظ اليمين اولى لظاهر * قوله تعالى واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين يكون بعد وجودها فعرضا ان المراد به حفظ البر ومتى حنث في هذه اليمين فعليه الكفارة قوله الا انه علقه بالرجاء * جواب عما يقال نفى المؤاخذه باللغو منصوص عليه في كتاب الله تعالى والمنصوص مقطوع به فما معنى تعليقه بالرجاء * فاجاب بان صورة يمين اللغو مختلف فيما بين العلماء وانما علق بالرجاء نفى المؤاخذه باللغو في الصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص قطعاً فجاز تعليقه بالرجاء قوله للاختلاف في تفسيره وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة ابن ابي اوفى * وعن ابن عباس رضى الله عنهما في احد الروايتين * وروى عن محمد رحمة الله تعالى عليه انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد في الماضي كان اوفى المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه وروى عائشة رضى الله تعالى عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله * وتأويله عندنا فيما يكون خيرا 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 الشرع بان الهزل والجد في اليمين سواء والناسي في اليمين ان يذهب عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا بان يقول لغيره الا تأتينا فيقول بلى والله غير قاصد لليمين * وفي بعض النسخ ذكر الحاطي مكن الناسي وهو ان يريد ان يسبح فجرى على لسانه اليمين قوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب هذا جواب سؤال وهو ان يقال الكفارة شرعت لاجل ستر الذنب ولا ذنب في المجنون اذا اتى المحلوف عليه فينبغي ان لا تجب الكفارة عليه فقال الحكمة وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لامع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكر او اشترها من امرأة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب

لان التبرى منهما كفر (قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله) لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن (وقد يضر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا) لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا * ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض * وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اى آمنتم به (قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بجألى) وهو قول محمد رحمه الله تعالى واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله تعالى * وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف * ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد (ولو قال اقسم او اقسم بالله او احدى او احدى بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف) لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمينا قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محذور فصرف اليه * ولهذا قيل لا يحتاج الى النية * وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله (ولو قال بالفارسية) سوكند ميخورم بخد اى (يكون يمينا) لانه للحال * ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا * ولو قال سوكند خورم بطلاق زعم لا يكون يمينا لعدم التعارف *

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 وسر توان اعتقد انه حلف واعتقد ان البر به واجب يكفر كذا في محاسن الشرائع * وذكر في تنمة الفتاوى قال على الرازى رحمه الله اخاف على من قال بجموتي وحيوتك وما اشبه ذلك انه يس كفر ولو لا ان العامة يقولون ولا يعلمون لقلت انه شرك لانه لا يمينا الا بالله * وانما 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 منهما كفر وتعليق الكفر بالشرط يمينا كما اذا قال ان فعلت كذا فانا يهودى قوله وعنه رواية اخرى اى عن ابي يوسف رحمه الله رواية اخرى انه يكون يمينا قوله لان الحق من صفات الله تعالى اى من اسمائه الدالة على صفة الحقيقة 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 اذا اضيف الى الله تعالى يراد به الطاعات فقد قيل لرسول الله عليه الصلوة والسلام ما حق الله على عباده فقال ان لا يشر كوا به شيئا ويعبده ويقبضوا 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 اى يكون لتأكيد مضمون الجملة ومعناه افعل هذا لا محالة كما في قولهم هذا عند الله حقا فلا يكون يمينا قوله ولو قال اقسم او اقسم بالله او احدى او احدى بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف اى اذا ذكر المقسم عليه كما اذا قال اقسم لا فعلم كذا او لا افعل كذا لان الحلف بالله هو المشروع فصرف اليه * ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة قوله واليمين بالكسر عطف على العدة اى لانه يحتمل الاستقبال ويحتمل اليمين بغير الله تعالى * * * * * قوله

(قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله) لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين * وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد (وكذا اذا قال على نذرا ونذر الله) لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نذر نذرا فلم يسم فعلية كفارة يمين (وان قال ان فعلت كذا فهو يهودى او نصرانى او كافر يكون يمينا) لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوده لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال * ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل * وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودى * والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضى بالكفر حيث اقدم على الفعل (ولو قال ان فعلت كذا فعلى غضب الله او سخط الله فليس بجالف) 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 ربوا) لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف * * * * * فصل

قوله وكذا قوله لعمر الله * العمر بالضم والفتح البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم والبقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقي وهو معطوف على قوله ولو قال اقسام وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين فتخففت الهمزة وحذف النون للقسم * وهذا مذهب نحوى الكوفة * وقيل معناه والله وايم صلة وهو قول البصريين * وذهب سيبويه الى انها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاولى فاجتلبت الهمزة لتعذر النطق بالساكن كما اجتلبت في ابن واشباهه فعلى هذا لا تكون الهمزة مخففة للقسم وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين اذ الحالف بالله عاهد الله ان يفعل ذلك الشيء ولا يفعله يدل عليه قوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا الزمة * 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 الا لتزام 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 فعليه الوفاء * والثالثة اذا علق نذره بشرط كما ذكرنا فعليه الوفاء بهاسمى * والرابعة ان يقول على نذر ان لا افعل كذا او على نذر الله ان لا افعل كذا فهذا ينعتد يمينا وموجبه موجب اليمين كذا ذكره الامام بدر الدين الكر درى رحمة الله تعالى عليه قوله وان قال ان فعلت كذا فهو يهودى او نصرانى او كافر يكون يمينا * وعند الشافعى رحمه الله لا يكون يمينا لانه علق الفعل بما هو معصية فصار كما لو قال ان فعلت كذا فانازان وضوه * ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه انه قال من حلف باليهود والتصر 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 بوجود الامتناع لغيره بجعله يمينا كما في تحريم الحلال اما التشبيه 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 يحل بحال فصار بمعنى تحريم اليمين كناية عنه كتحريم الحلال فكان قوله جعلته شرطا للكفر وقوله حرمة واحدا و لان اعلام الكفر حرام كشد الزنار وليس قلنسوة المجوس وهذا قد جعله علما فصار حراما وما كان قصده الى جعله علما فان لم يجعل * * * * * كتحريمه

فصل في الكفارة

(قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزى فيها ما يجزى في الظهر وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما تجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالطعام في كفارة الظهر) * والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلاثة (قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات) * وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص * ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهى كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة يروى عن محمد رحمه الله وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لا بسه يسمى عربانا في العرف لكن ما لا يجزىه عن الكسوة يجزىه عن الطعام باعتبار القيمة (وان قدم الكفارة على الخنث لم يجزه) وقال الشافعي رحمه الله يجزىه بالمال * * * * * لانه

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 يميننا وهذا اذا كان في المستقبل فاما اذا كان في الماضي بشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر في المروي عن ابي يوسف رحمه الله اعتبارا للماضي بالمستقبل وهذا لانه قصد به اليمين ولم يقصد به تحقيقه * وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علف الكفر بما هو موجود والتعليق بشيء كاذن تنجيز فكانه قال هو كافر * والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر يكفر به في الماضي والمستقبل لانه اذا قدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضى بالكفر والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل في الكفارة

قوله قال كفارة اليمين عتق رقبة اى اعناق رقبة قوله وادناه ما تجوز فيه الصلوة وهو كالسراويل وهو مروي عن محمد رحمه الله * وفي رواية اخرى عنه انه قال ان اعطى الرجل يجوز وان اعطى المرأة لا يجوز لانه اذا اعطى الرجل سراويل فقد اعطاه ما يستر به عورته واذا اعطاه المرأة لم يعطها ما يستر به عورتها كذا في الذخيرة لكن ما لا يجزىه عن الكسوة يجزىه عن الطعام فانه لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزىه عن الكسوة لان الاكساء به لا يحصل ولكنه يجزىه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوى نصف صاع من هنطة وكذا لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل مسكين منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسب به كل واحد منهم ولكن يجزىه من الطعام باعتبار القيمة نوى او لم ينو * وروى عن ابي يوسف رحمه الله اذا لم ينو لا يجزىه عن الطعام * وقال زفر رحمه الله لا يجزىه وان نوى لانه منصوص عليه فلا يصح بدلا كما لو ادى نصف صاع من تمر لا يجعل بدلا عن الحنطة لان البدل بمنزلة البيع وما يكون اصلا لا يكون تبعا في ذلك الباب وقلنا التمر لا يصح بدلا عن الحنطة لكونه اصلا ولكونهما شيئا واحدا من حيث المعنى لان المقصود منهما واحد وهو رد الجوع ويصاح بدلا من حيث انها جنسان فكان المانع شيئين فترجح المانع وفي الكسوة مع الطعام يرجح الموجب للجواز لاختلاف الجنسين 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 الكسوة بدلا عن الكسوة حتى يصير بدلا فيما صار اصلا وانما جعلناه بدلا عن الطعام قوله فان لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات * وقال الشافعي رحمه الله * * * * * يخير

لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح * ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولاجناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض (ثم لا يسترد من المسكين) لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلى او لا يكلم اباه) * * * * *

يخير لاطلاق النص ولا يلزم ان المطلق يحمل على المقيد عنده وان وردا في حادثتين كما في رقبة كفارة القتل وسائر الكفارات لانه انما يصار اليه اذا كان المقيد نوعا واحدا اما اذا كان المقيد نوعين فلا للتعارض وههنا كذلك لان صوم كفارة الظهار والقتل مقيد بالنتابع وصوم المتعة مقيد بالتفريق * ولنا قراءة ابن مسعود رض الله عنهما فصيام ثلثة ايام متتابعات وانما يقرأ سماعا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فصارت قراءته كالرواية المشهورة عن النبي عليه السلام فصحت الزيادة والتقييد بها كما في صدقة الفطر وانما لم يحمل المطلق وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين لانها ورداها في الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفيين متضادين في ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين لانها ورداها في الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفيين متضادين في وجوده فاذا ثبت تقييده بالنتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقا ضرورة وثمه وردا في السبب ولا منافاة بين السببين فالمقيد في احد الحدِيثين 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 يشتهر والزيادة يجبر الواحد لا يجوز * ثم اعتبار الفقر والغنى عند ارادة التكفير عندنا وعند الشافعي رحمه الله عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم اعسر ثم جاز الصوم وبعبارة لا عندنا * وعند الشافعي رحمه الله على القلب وقاسها على الحد اذ المعتبر وقت الوجوب للتصنيف بالرق * ولنا ان الصوم شرع خلفا عن التكفير بالمال كالتيهم خلف عن الرضوء الا ترى انه قال هنا فمن لم يجز فصيام ثلثة ايام وقال ثمه فلم تجزوا ماء فتييموا * ثم المعتبر ثمه وقت الاداء لا وقت الوجوب كذا هنا وحد العبيد ليس يبذل عن حد الاحرار قوله لانه اداها 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 مترخ عنه الى الشرط والمالي يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب الاداء لان الواجب قبل الاداء مال معلوم والبدن لا يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب ادائه لان الواجب فعل فلما تأخر وجوب الاداء لم يبق الوجوب لتأخر تفرد السبب * ولنا ان الكفارة لستر الجناية * وقبل الحنث لا جناية فلا تصح الكفارة لاستحالة الستر عن الجناية قبل الجناية 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 بالحنث فاستحال التكفير قبل الحنث كالطهارة قبل الحدث واليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فاني يكون موجبة لما يجز بعد الحنث بخلاف الجرح لانه طريق مفض الى زهوق الروح وازافة الكفارة الى اليمين لانها تجز بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم والاحرام بهذا الطريق لا ان يكونا سببين لوجوب الكفارة لكونهما مانعين عما تجز به الكفارة وهو ارتكاب المحذور * فان قيل تعليكم مردود لانه مخالف للنص والخبر * وهذا لانه تعالى قال ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته والغاء للوصل والتعقيب فتقتضى جواز التكفير بعد اليمين متصلا بها وقال كذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم رتبها على الحلف لا على الحنث وقال عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكن عن يمينه وليأت بالذي هو خير وهذا نص في الباب * قلنا الحنث مضمحل في النص بدلالة ما قلنا كالقصر في قوله تعالى فمن كان * * * * * منكم

او ليقتلن فلانا ينبغى ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده (واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه) لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظمها ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة (ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين) وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين * ولنا ان اللفظ ينهى عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه * ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه (ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوى غير ذلك) والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه * وهذا قول زفر رحمه الله تعالى 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 ابراء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب * وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الا استعمال وعليه الفتوى * * * * * وكذا

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 يجي بمعنى الواو قال الله تعالى ثم كان من الذين آمنوا ثم الله شهد * وهذا لان موجب الامر الوجوب والتكفير يجب بعد الحنث لا قبله ولان قوله فليكفر امر لمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير الا بعد الحنث لان قبله يجوز بالمال عنده دون الصوم **قوله** او ليقتلن فلانا يريد به اذا وقت القتل حتى يتصور الحنث من الخائف **قوله** في ضده اى في ضد ما قلنا من الحنث وقوله عليه السلام من حلف على يمين اى على مخلوف عليه وهو الفعل او تركه واليمين مركبة من مقسم به وحرف القسم وهو والله ومن مقسم عليه وهو ليقتلن فلانا مثلا فنذكر ههنا النكل واراد البعض او اراد باليمين محله وهو القتل وغيره فكان من قبيل اطلاق اسم الحال على المحل **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه بان قال حرمت على ثوبن هذا او طعامى هذا لم يصر محرما عليه اى بعينه **قوله** وعليه ان استباحه اى اقدم عليه بان لبس ذلك الثوب او اكل ذلك الطعام كفارة يمين * وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه الا في النساء والجوارى لان تحريم الحلال قلب المشروع واليمين عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع كقلبه وهو تحليل الحرام ولان تحريم الحلال ليس الى العبد لان المحرم والمحلل هو الله تعالى فيلقو * 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 لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم المضاف الى الجوارى لما ثبت يميننا بهذه الآيات فكذا التحريم المضاف الى سائر المباحات دلالة ولان حرمة الحلال بسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص * * * * * على

* وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف * واختلفوا في قوله هرجه بردست 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 فعليه الوفاء بما سمي (وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالنجز عنده * وعن ايحنيقة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلى حجة او صوم سنة او صدقة مال املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمي ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهاه نذر فيختبر ويميل الى اى الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح (قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنت عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم ومن 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 والله تعالى اعلم بالصواب * * باب اليمين

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 الدار حرم الدخول من حيث انه حنت وان كان الدخول مباحا في نفسه فاذا قال حلال الله على حرام لم يكن اثبات الحرمة لعينه فصار كناية عن قدر ما جعل اليه من التحريم كيلا يلغو كلامه قوله وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف * وفي فتاوى الشيخ الامام نجم الدين النسفى رحمة الله تعالى عليه حلال المسلمين على حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية بالعرف وكذا في قوله هر چه بردست راست كيرم بروى حرام ولو قال بردست چپ كيرم لا يكون طلاقا لعدم العرف ولو قال بردست كيرم كان طلاقا كذا في التتمة 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 حنت عليه لما روى عن العبادلة الثالثة رضى الله تعالى عنهم اجمعين موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنت عليه ولا كفارة * وقوله في الكتاب فقد بر في يمينه اى لم ينعقد 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 اى اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثنى مفعولا * وروى ان محمدا بن اسحق صاحب المغارى كان عند المنصور وكان عنده يقرء المغارى وابو حنيفة رحمه الله كان حاضرا فاراد ان يغرى الخليفة عليه فقال ان هذا الشبخ يخالف جدك فى الاستثناء المنفصل فقال ابلغ من قدرك ان يخالف جدى فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فتبارك الله لك فى عهودك اذن فان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون فلا يحشون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن اسحق واخرجه من عنده * وفى تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والاتكحة عن ان يكون ملزمة ولا يحتاج حينئذ الى المحلل لان المطلق يستثنى اذا ندم وقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت معناه اذا لم يذكر ان شاء الله فى اول كلامك فاذكره فى آخر كلامك موصولا بكلامك والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب

باب اليمين في الدخول والسكنى

(ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث) لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها (وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار) لما ذكرنا * والظلة تكون على السكة * وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة (وان دخل صفة حنث) لانه تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصارت كالشئى والصيفى * وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حواف اربعة وهكذا كانت صفاقهم * وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح (ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث) لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها * * * * * غير

باب اليمين في الدخول والسكنى

الاصل ان الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على العرف عندنا * وعند الشافعى رحمه الله على الحقيقة لان الحقيقة حقيق بان يراد * وعند مالك رحمه الله على معانى كالم القرآن لانه على اصح اللغات وافصحها * ولنا ان غرض الحالف ما هو المتعارف فينعقد بغرضه الا ترى ان من حلف لا يستضىء بالسراج او لا يجلس على البساط فاستضىء بالشمس او جلس على الارض لا يحنث وان سقى في القرآن الشمس سراجا والارض بساطا قوله والظلة تكون على السكة * وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التى فوق الباب * وعن صاحب الحصر هى التى احد طرفى جذوعها على هذه الدار وطرفها الاخر على حائط الجدار المقابل * وذكر فى الذخيرة ولو دخل ظلة باب ذكرى فى الكتاب انه لا يحنث واراد بالظلة الساباط التى تكون 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 يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته قوله وهكذا كانت صفاقهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه هو الصحيح * وفى المبسوط من اصحابنا من يقول هذا الجواب اى الجواب بالحنث بناء على عرف اهل الكوفة لان الصفة عندهم اسم لبيت يسكنونها صيفا ومثلها فى ديارنا يسمى كاشانه واما الصفة ففى عرف ديارنا غير البيت ولا يطلق عليه اسم البيت بل ينفى عنه فيقال هذه صفة وليس ببيت ولا يحنث * والاصح عندى ان مراده حقيقة ما يسميه الصفة * ووجهه ان البيت اسم لبنى مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة فيه فيه وهذا موجود فى الصفة الا ان مدخلها اوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكنائها الا ان يكون نوى البيوت دون الصفات فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه خص العام بنيته قوله لان الدار اسم للعرصة اى بعد البناء بقى البناء او لم يبق فاما العرصة قبل البناء لا يسمى دارا الا ترى ان المفاوز والمزارع لا يسمى دارا قوله وقد شهدت اشعار العرب بذلك قال لبيد * عنت الديار محلها فمقامها * بنى تابد غولها فرجامها * وقال النابغة * يادار مية بالعلباء والسند * اقوت وطال عليها سالى الابد * * * * * قوله

(ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث) لانه يعد ساكنها ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوق عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيماروى عن ابي يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في الذى انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب * ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع * 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 ولا تقعد بعد الذكري اى لا تمكث قاعدا وقال عليه السلام لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك والفارق بين الممتد وغير الممتد من الافعال صحة قران المدة به وعدم الصحة فكل فعل يصح قران المدة به فهو مما يمتد كالسكنى والركوب واللبس والنظر والعود والقيام فانه يصح ان يقال سكن في الدار يوما وركب يوما ولبس 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 واذ غير معتبر الدخول الا ترى انه يقال للقاعد اقعدها كما يقال لغيره ولا يقال للدخول هذه الدار قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث 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 وخلف متاعه هناك لا يحنث * وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله هذا اذا عقد يمينه بالعربية اما اذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحنث اذا خرج بنفسه وخلف اهله ومتاعه فيها كذا في الفوائد الظهيرية ومتى كان الحالف متأهلا وعقد يمينه بالعربية لو منع من الخروج ومنعوا متاعه ايضا واوثقوه ووجد باب الدار مغلقا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحنث بخلاف ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيد ومنع من الخروج حيث تطلق وكذا لو قال لامرأته وهى في منزل والدها ان لم تحضرى الليلة منزلى فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور تطلق في الصحيح لان شرط الحنث هنا عدم الفعل وهو السكنى وهو مكروه فيه وللأكره اثر في اعدام الفعل ثم شرط الحنث عدم الفعل وليس للأكره اثر في ابطال العدم * وفي الشافى ان لم يمكنه النقل عن ساعته بعذر الليل او بمنع ذى سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث خلافا لرفر رحمه الله 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 يحنث حتى يجد من ينقله ويحقق الموجود بالمعدوم للعذر كذا ذكره الامام التمر تاشى رحمه الله قوله ولو كان اليمين على المصر الى قوله لانه لا يعد ساكنا في الذى انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والفارق العرفى فان من يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وان كان اهله وثقله ببغداد بخلاف الدار والمحلة والبيت فان الكائن في السوق يقول اسكن محلة كذا او دار كذا او بيت كذا اذا كان اهله وثقله ثمة * وعند الشافعى رحمه الله الدار كالمصر لانه يعتبر الحقيقة في الايمان ولا تعتبر العادة بخلاف الحقيقة اذ العجز لا يعارض الحقيقة قال فان خرجت من مكة وخلفت فيها * * * دفتيرات حتى

حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فتبقى ما بقي شيء منه * وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يشعز * وقال محمد رحمه الله تعالى عليه يعتبر نقل ما يقوم به كحد ائيمته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارقف بالناس والله تعالى اعلم 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

دفينرات افا كون ساكنا بمكة وعندنا بالعادة الظاهرة تترك الحقيقة لما عرف والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه * ثم قال ابو حنيفة رضى الله عنه لا بد من نقل كل المتاع لان السكنى قد تثبت بالكل فتبقى ما بقي شيء منه * وهذا لما عرف من اصله ان الحكم اذا ثبت بعله 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 طر في الحول تاما وكما قال في دار الاسلام لا يصير دار الحرب ما بقي مسلم واحد آمنا بالامان الاول * وقال بعض المشايخ انما يعتبر عند ابو حنيفة رحمه الله تعالى عليه نقل الكل مما يقصد به السكنى اما اذا لم ينقل ما لا يقصد به السكنى كالوند والمكنسة وقطعة حصير بر في يمينه * فان قيل قد ينتفى الشيء بانتفاء البعض كما ينتفى بانتفاء الكل كجموع العشرة الدينار مثلا ولم تنتفى السكنى ههنا بانتفاء البعض * قلنا المجموع ينتفى بانتفاء البعض اذا كان المجموع من حيث الاجزاء كجموع العشرة اما اذا كان من حيث الافراد لا ينتفى بانتفاء البعض كالرجال لا ينتفى بانتفاء البعض لان بعد ذلك ينتفى الرجال اما العشرة عشرة باعتبار اجزائها كما نقص منها شيء لا تنتفى عشرة والسكنى من قبيل الافراد لانه يعد ساكنا باعتبار بقاء البعض فان السوق عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا فصح الاخبار بسكنى مع ان المخبر ليس هو فيها في عامة او قاته

قوله وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر والفتوى على قول ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه 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 صلى 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 صلى 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 رحمه الله هذا اذا لم يسلم الدار المستأجرة الى صاحبها بر وان كان هو والمتاع في السكة او في المسجد والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب اليمين

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 الامر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء (قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث) لان الموجود خروج مستثنى 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 الانتقال من الداخل الى الخارج (ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها) لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا له ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (فان حلف لياتين البصرة فلم يأتيها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته) لان البر قبل ذلك مرجو (ولو حلف لياتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغيرة وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء امر لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث وان عني استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى) وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل * * * لان

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 حملا ليمينه على العادة قوله ولو اخرجه مكرها اي حمله انسان فاخرجه مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لاحقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لم يأمر به ولو هدد فخرج بنفسه حنث لوجود الفعل منه * وقيل ان امكنه 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 يمنع صار كالامر بالاخراج * ثم فيما لم يحنث هل تحل اليمين الصحيح انه لا تحل اليمين حتى لو حلف على الدخول فادخل مكرها ثم خرج فدخل مختارا حنث في الصحيح * وقيل يتحل 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 مصره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز عمران مصره لا يحنث وان كان على هذه النية قوله وقيل هو كالخروج وهو الاصح وقيل لا يحنث ما لم يدخلها كالاتيان لقوله تعالى اذهبوا الى فرعون انه طغى فقولا له قولا لينا واذا بمعنى الاتيان * ولنا ان الذهاب والخروج يستعملان استعمالا واحدا يقال ذهب الى مكة وخرج الى مكة بمعنى واحد قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس اي ليزيله عنكم فثبت ان الذهاب هو الزوال والانفصال لان الازهاب افعال من الذهاب والازهاب الازالة وكونه ازالة لا يفترق الى وصول الزائل الى محل آخر فكذا الذهاب الذي هو الزوال لا يشترط فيه الوصول وهذا الاختلاف فيما اذا لم تكن له نية فان نوى الخروج والاتيان فعلى ما نوى لانه يحتمل كل واحد منهما وفي الاتيان لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه يحنث قصد اولم يقصر * * * قوله

لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانه لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر (ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث) لان هذه كلمة غاية فينتهى اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك (ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلس ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه) ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانه لانه نوى حقيقة كلامه ثم قبل تصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا تصح لانه خلاف الظاهر (ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج) * وهذه

قوله لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان التقدير لا يخرج امرأته خروجها الا خروجها ملصقا باذني فيكون ما وراء الخروج المقرون بالاذن باقيا تحت الحظر العام فيحنث اذا وجد الخروج لاعن اذن لوجود شرط الحنث كقوله ان خرجت من الدار الا بالمحفة فانت طالق فخرجت بالمحفة لم تطلق ولم يسقط الحظر حتى لو خرجت بلا محفة تطلق قوله ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانه لا قضاء لانه محتمل كلامه لان الاستثناء يحتمل الغاية لكنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف 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 حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية يخالف ما قبلها * فان قيل يشكل على هذا قوله تعالى ولا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فهناك بالاذن مرة لا يسقط حرمة الدخول بل الاذن يحتاج اليه في كل مرة مع انه مذكور بكلمة الا ان * قلنا حرمة الدخول في بيت النبي عليه الصلوة والسلام ما يثبت بهذا النص بل الاصل حرمة الدخول في ملك الغير بغير اذنه الا ان هذا النص لاباحة الدخول بالاذن فبقى الدخول بغير الاذن على اصل الحرمة او نقول اشتراط الاذن هناك في كل مرة انما علم باخر الآية وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذى النبي ومعنى الايذاء موجود في كل ساعة فشرط الاذن في كل مرة قوله ويطلق الاسم اي اسم الاستطاعة على سلامة الآلات وصحة الاسباب وارتفاع الموانع في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه لان مطلق الكلام يحمل على المتعارف قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسرها رسول الله عليه السلام بملك الزاد والراحلة وقال الله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم والمراد ما قلنا فان نوى القدرة الحقيقية التي يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة له عند اهل السنة صدق ديانه لان ما يقع عليه اسم الاستطاعة قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعملوا فماتوا فما استطاعوا ان يظهره وما استطاعوا له نقبا الا انه خلاف الظاهر فلا يصدق القاضى * وفي رواية يصدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهذا بناء على انه اذا نوى حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفها صدق ديانه وقضاء وان كان يخالفها ففي تصديقه قضاء روايتان واذا نوى ما قلنا لم يحنث بحال لان تلك القدرة لا تسبق الفعل وانما يعرف وجودها بوجود الفعل فمتى لم يكن 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 اي الاستطاعة استطاعة القضاء * * * قوله

وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رحمه الله تعالى باظهاره * ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه (ولو قال له رجل اجلس فتغد عندى فقال ان تغديت فغديت حر فرجع الى منزله وتغدي لم يحنث) لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا (ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث) عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه 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 مالم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فهو للبايع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية * وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة * وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينوه لا اعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما والله اعلم بالصواب * * * * *

قوله وهذه تسمى يمين فوراي يمين الحال وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اى من ساعته قوله وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره ولم يسبقه احد فيه وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا او موقنة كلا يفعل كذا اليوم فتخرج قسما ثالثا وهى المطلقة لفظا والموقنة معنى * وانما اخذها من حد يث جابر بن عبد الله وابيه حين دعيا الى نصره انسان فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا ووجهه ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الخرجة والضربة عرفا فيتقيد بذلك لان المطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم * وذكر في الفوائد الظهيرية يمين الفور مأخوذ من فوران القدر فسميت هى بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان في المبسوط ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب حمارا او فرسا او برذونا او بغلا حنث وكذلك ان ركب غيرها من الدواب في القياس كالبعير والفيل لان اسم الدابة يتناولها حقيقة وهكذا فان الدابة ما يدب على الارض وقد عقد يمينه على فعل الركوب فيتناول ما يركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير وقد تأيد ذلك بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة فانما ذكر منة الركوب في هذه الانواع الثلاثة وان كان يركب الفيل والبعير في بعض الاوقات فذلك لا يدل على ان اليمين تناوله الا ترى ان البقر والجاموس يركب ايضا في بعض المواضع ثم لا يفهم من قول القائل يركب فلان دابة البقر الا ان ينوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه وان عنى الخيل وحدها لم يدب في الحكم لانه نوى التخصيص في لفظه العام ولو قال لا اركب ونوى الخيل وحدها لم يدب لانه لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان في لفظه فعل الركوب دون المركب ونية التخصيص تصح في الملقوظ لا فيما لا لفظ له قوله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى الا هنا 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 او لم يكن عليه دين لا يحنث مالم ينوه فعلم من هذا انه اذا لم يكن عليه دين او كان غير مستغرق يحنث اذا نوى او نقول الا هنا على معناه لانه لما قال لم يحنث مطلقا استثنى ما يحنث فيه فكانه قال اذا لم يكن عليه دين او كان غير مستغرق فيحنث يحنث اذا نوى وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في الوجوه كلها وهى ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق او غير مستغرق يحنث اذا نوى وقال محمد رحمه الله يحنث في الوجوه كلها نوى او لم ينو والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب

باب اليمين في الاكل والشرب

(قال ومن حلف لا يأكل من هذه التخلّة فهو على ثمرها) لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فتنصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سببه فيصالح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والحل والدبس المطبوخ (وان حلف لا يأكل من هذا البسرفصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لم يحنث) لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا تنصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجر ان المسلم بمنع الكلام منهن عنه 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 الكباش (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 مذنبا حنث عندا يخفيفه رحمه الله وقالوا لا يحنث في الرطب) يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا * * * * * فصار

باب اليمين في الاكل والشرب

الاكل ايصال الشئ الى جوفه بفيه مهشوما او غير مهشوم مضموعا او غير مضموع مما يتأتى فيه المضغ والهشم * والشراب ايصال الشئ الى جوفه بفيه مما لا يتأتى فيه المضغ والهشم في حال ايصاله * والذوق معرفة الشئ بفيه من غير ادخال عينه الا ترى ان الاكل والشرب مقطر لا الذوق * ولو حلف لا يأكل عتبا او رمانا فجعل يمضغه وبرمى بنقله ويبتلع ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب لان هذا يسمى مصا ولا يسمى اكلا ولا شربا * ولو حلف ان لا يأكل هذا اللبن فشربه لا يحنث وانما يحنث اذا ثرد فيه ولو حلف ان لا يشرب فثرد فيه فاكله لا يحنث * قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية فان كانت بالفارسية فاكل او شرب كان حائثا وعليه الفتوى **قوله** لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان بالصنعة يصير شيئا آخر والدليل عليه **قوله** تعالى لبأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم عطف ما يعمل على الثمر والعطف دليل المغايرة **قوله** والدبس المطبوخ قيد بالمطبوخ لانه يحنث في الدبس الذي يسيل من الرطب * وفي الذخيرة اذا حلف لا يأكل من هذه التخلّة شيئا فاكل من ثمرها او طلعا او بسرها او دبسها حنث * ثم قال واراد بالدبس ما يسيل من الرطب اذا اتخذ من الدبس ناطقا او نبيذا لا يحنث في يمينه لان يمينه انصرف الى ما يخرج من التخلّة والنبيذ والناطق لم يخرج من التخل كذلك * ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئا فاكل من عنبه او زبيبته او عصيره حنث في يمينه لان هذه الاشياء خارجة من الكرم اما العنب والزبيب فظاهر واما العصير فلانه ماء العنب * ولو اكل من خله لا يحنث لانه ليس بخارج منه بهذه الصفة الشيراز هو اللبن الرائب الخائر اذا استخرج منه ماءه حتى صار الصقر لاط كالفا لودج 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 للمحلف عليه فيجب تقيد اليمين به وان كان حراما كمن حلف ليشربن اليوم خمرا او ليسرقن الليلة يتقيد اليمين وان كان حراما لصيرورة الشرب والسرقه مقصودين باليمين فيحنث ان لم يشرب اولم يسرق كذا هنا * قوله

فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل 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 يحنت) لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الاكل يحنت لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعيرا واكلها يحنت في الاكل دون الشراء لما قلنا (ولو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنت) والقياس ان يحنت لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء (وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنت) لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام (وكذا اذا اكل كبدا او كرشا) لانه لحم حقيقة فان نموّه من الدم ويستعمل استعمال اللحم * وقيل في عرفنا لا يحنت لانه لا يعد لحما (ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنت الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا يحنت 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 يحنت باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنت ببيعته في اليمين على بيع الشحم * وقيل هذا بالعربية فاما اسم يبه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال (ولو حلف لا يشتري او لا يأكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنت) لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحم والشحوم (ومن حلف لا يأكل هذه) * * * * *

قوله فصار كما اذا كان اليمين على الشراء بان حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا او لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب او لا يشتري شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لم يحنت قوله فيكون آكله آكل البسر والرطب ولهذا يميزه فاكله يحنت اجماعا فكذا اذا اكله مع غيره * فان قيل لو حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب لا يحنت وان شرب المحلوف عليه وزيادة * قلنا اللبن بانصباب الماء فيه يشبع في جميع اجزاء 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 فيها حبات حنطة ان اكل حبة حنث وان جمع بين الحبات من النوعين في الاكل لا يحنت لانها تصير مستهلكة عنده * قلنا نعم كذلك ولكن معنى الاستهلاك ثمة اوضح لانه حينئذ لا يجد من طعم الحنطة شيئا في حلقه بخلاف ما لو اكل بسرا مذنبا او رطبا مذنبا لانه يجد في حلقه شيئا من هموضة البسر وحلاوة الرطب * وقيل الجواب فيهما واحد قوله وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنت لانه لحم حقيقة والصحيح انه لا يحنت بلحم الخنزير والادمى لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف * وذكر الزاهد العنابي انه لا يحنت وعليه الفتوى قوله وقالوا يحنت في شحم الظهر * وذكر الطحاوي قول محمد رحمه الله مثل قول ابي حنيفة رحمه الله لابي يوسف رحمه الله تعالى عليه ان شحم الظهر يذاب ويصالح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن الا ترى ان الله تعالى استثنى شحم الظهر من الشحوم حيث قال ومن البقر والغنم حرمت عليهم شحومها الا ما هملت ظهورهما * * * * *

(الحنطة لم يحنث حتى يقضها ولو اكل من خبزها لم يحنث عند ابيحنيفة رحمه الله وقال ان اكل من خبزها حنث ايضا) لانه مفهوم منه عرفا لا يحنيفة رحمه الله ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتغلى وتؤكل قضا وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبر حنث ايضا (ولو حلف لا يأكل من هذا الرقيق فاكل من خبزه حنث) لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه (ولو استغه كما هو لا يحنث) هو الصحيح لتعيين المجاز مرادا (ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل مصر اكله خبزا) وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان (ولو اكل من خبز القطايف) 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 او في بلدة طعامهم ذلك يحنث (ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوى ما يشوي من بيض او غيره لمكان الحقيقة * * * * *

او الحوايا او ما اختلط بعظم وحقيقة الاستثناء ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم محتلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن وانفقوا على انه يحنث في شحم البطن والثلثة 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 فربهي لايه * واما الاستثناء فهو منقطع بدليل استثناء الحوايا * فان قيل المراد ما حملته الحوايا من الشحم * قلنا ذلك اضمار وهو خلاف الاصل والانتقاع في الاستثناء وان كان خلاف الاصل لكنه يثبت اذا دل الدليل وقد دل الدليل ههنا 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 يشترى 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 يشترى حديدا فاشترى درعا من حديد لا يحنث لان بائعه يسمى زرادا لاحد ادا * ولو حلف لا يمس حديدا فمس درعا حنث لان المس يتم به وحده * وقيل فصل الشراء على الخلاف وهو اختيار صاحب الهداية رحمه الله 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 ابيحنيفة رحمه الله اظهر قوله وقال ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا يقال اهل بلدة كذا يأكلون الحنطة والمراد باطن الحنطة وذاعلم يتناول عينها وما يتخذ منها فوجب العمل لعموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول حافيا ومتنعلا وراكبا وراجلا لانه مجاز عن الدخول ومحمد رحمه الله مر على اصله في السويق المتخذ منه لانه اكل المتخذ منه * وابويوسف رحمه الله خالف اصله لان حلفه انما يقع على المتخذ منه عرفا ولا عرف في السويق * والجواب لا يحنيفة رحمه الله عن قولهما ان التعارف في الحنطة المطلقة لا في هذه الحنطة فعلى هذا اذا حلف لا يأكل الحنطة يجب ان لا يحنث باكل الحنطة عندهم جميعا كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله قوله ولو استغه كما هو لم يحنث وقيل يحنث لانه اكل الرقيق حقيقة ولو عنى اكل الرقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز لانه حقيقة كلامه * * * * *

(وان حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ من اللحم) وهذا استحسان اعتبار اللعنف 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 ويبيع في مصر) ويقال يكبس (وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة) وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر (وان حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنبا اورمانا او رطباً او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله 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 يحنث بيابس الطبخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخوانها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانها من البقول بيضا 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 رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فواجب 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 ادم والشوات ليس بادم والمالح ادم وهذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى عليه كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادم) وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى * * * * * لان

قوله وان حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ من اللحم اى بالماء واما القاية اليابسة فلا يسمى مطبوخا وهذا استحسان والقياس ان يحنث في اللحم وغيره مما هو مطبوخ ولكن الاخذ بالقياس متعذر حيث ينسد عليه باب المطاعم والمسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم انه لو لم يرد به ذلك فحملناه على خاص وهو متعارف وهو اللحم لانه الذى يطبخ في العادات الظاهرة ومتخذ يسمى 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 الطبخ لان التفكه به غير معتاد قوله فواجب قصورا في معنى التفكه وهذا لان الفاكهة اسم لما يكون تبعا فما يكون اصلا من وجه من حيث انه يصلح للغذاء والدواء لا يتناول اسم الفاكهة لان جهة الاصاله فيه اوجب قصورا في تبعيته فلا يتناول اسم التبع كما لا يتناول اسم الشحم للحم السمين وكما لا يتناول اسم المبنى عن كمال مسماه القاصر كاللحم لا يتناول السمك والمملوك 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 رحمه الله كانوا لا يتفكحون بها وفي زمنهم يتفكحون فافتى 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 كالحل والزيت ويقال اصطبغ الخبز بالحل * قوله

لان الادم من المودمة وهى الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه * ولهما ان الادم ما يؤكل تبعا والتبعية فى الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفى ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتام الموافقة فى الامتزاج ايضا والحل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والمالح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاھيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح (واذا حلف لا يتعدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى صلواتي العشاء فى الحديث (والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر) لانه مأخوذ من السحر وينطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة فى حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع (ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدى هر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين فى القضاء وغيره) لان النية انما تصح فى الملفوظ والثوب وما يضاھيه غير المذكور تنصيحا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه * * * * * وان قال

قوله لان الادم من المودمة وهى الموافقة قال صلى الله عليه وسلم لمغيرة بن شعبة رضى الله عنه حين خطب امرأة ابصرها فانه احرى ان يؤادم بينكما اى يوافق قوله كاللحم والبيض ونحوه كالجبين والسمك قوله والتبعية فى الاختلاط حقيقة يعنى التبعية فى الاختلاط ليكون قائما فيه والتبعية حكما فى ان لا يؤكل وحده واللبن لا يتأتى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شربا لا اكلا وكذا الحل ونحوه من المائعات واما العنب والبطيخ قيل على الاختلاف * وذكر الامام السرخسى رحمه الله انه ليس بادام بالاجماع لان آكله لا يسمى مؤثما قوله فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر وهذا توسع فى العبارة ومعناه اكل الغداء والعشاء والسحور على حنف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لاسم اكله وكذلك العشاء بالفتح والمد اسم لطعام العشى كذا فى المغرب قوله ولهذا يسمى الظهر احدى صلواتي العشاء روى ان النبى عليه السلام انصرف من احدى صلواتي العشاء على ركعتين اما الظهر او العصر فسمى الراوى هاتين الصلواتين صلواتي العشاء قوله 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 قوله ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة حتى لو اكل لقمة او لقمتين لا يحنت ومقدار الغداء والعشاء ان يأكل اكثر من نصف الشبع قوله وتعتبر عادة اهل كل بلدة فى حقهم يعنى ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحوم حتى ان الحضرى لو حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنت والبدوى بخلافه لانه غدا في البادية والتضحى ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الاكبر وروى عن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير وكلمه لم يحنت لان وقت السحر ما قرب من الفجر وانتهت اليمين بدخول وقت السحر والمساء مسا آن احدهما انه اذا زالت الشمس والاخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي فهذا على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثانى كذا فى الايضاح قوله ومن قال ان لبست الى قوله لم يدين فى القضاء وغيره اى لا يصدق قضاء وديانته * لان

(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 فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرها عند ابيحنيفة رحمه الله) وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم * وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقة في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا (وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث) لانه بعد الاغتراف بقى منسوباً اليه وهو الشرط * * * فصار

لان النية تعمل في الملفوظ لانها لتعيين ما احتمله اللفظ والثوب وما يضاويه غير ملفوظ وانما ثبت مقتضى ولا عموم للمقتضى عندنا فلم يحتمل التخصيص وعند الشافعي رحمه الله يصدق ديانة لان للمقتضى عموما عنده * وعن ابي يوسف رحمه الله انه يصدق فيما بينه وبين الله وبه اخذ الخصاص رحمه الله * ولو قال ان خرجت 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 انم ما يكون من المساكنة فان اعم ما يكون من المساكنة في بلدة والمطلق من المساكنة في العرف في دار واحدة وانم ما يكون من المساكنة في بيت واحد فهذه النية ايضا يرجع الى نوع المساكنة الثابتة بصيغة كلامه * والاصل فيه عندنا انه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص في المفعول كنية التخصيص في الملبوس والمطعم والمشروب في مسألة الكتاب لا تصح نيته وكذا لو نوى تخصيص الحال بان يقول لرجل وهو قائم والله لا اكلمه ونوى حالة قيامه لا يصح الا ان يقول في يمينه لا اكلم هذا الرجل القائم وكذا لو نوى تخصيص الصفة بان يقول لا اتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لغت نيته ولو نوى عجمية او حبشية عملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في الجنس وذلك في لفظه كذا في المبسوط قوله حتى يكرع منها الكرع تناول الماء بالفم من موضعه يقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشربه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه اكارعه قوله وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقة في الكرع اي حقيقة في ان يضع فاه على بعض الدجلة وفي الكرع ذلك او لابتداء الغاية وذلك في ان يكون ابتداء شربه من دجلة والحقيقة مستعملة عرفا وشرعا اما عرفا فظاهر واما شرعا فلانه جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء باق في الشن والا كرعنا في الوادي الحقيقية 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 اي كونه منسوباً الى دجلة بخلاف ما تقدم لان الشرط ثمه ان يكون ابتداء شربه من موضع يسمى دجلة او بعض دجلة ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء في كوز آخر فشرب منه لم يحنث لتبديل النسبة ولو حلف لا يشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث * * * اجماعا

فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة (ومن قال ان لم اشرب الماء الذى في هذا الكوز اليوم فامرأته طالغى وليس في الكوز ماء لم يحنت فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنت وهذا عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنت في ذلك كله) يعنى اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى * واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليتمكن ايجابه * وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلفى وهو الكفارة * قلنا لابد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلفى ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة ففى الوجه الاول

لا يحنت عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنت في الحال وفي الوجه الثانى يحنت في قولهم جميعا) فابو يوسف رحمة الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت * ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنت قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنت في الحال وهما فرقا بينهما * ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنت في يمينه * * * * *

اجمعا اما عنده فلانه منصرف الى الكرع واما عندهما فلانه مثل الفرات في امسك الماء فتنقطع النسبة فخرج من عموم المجاز ولوحظ لا يشرب من ماء الفرات فشراب من نهر آخر من الفرات حنت لان حلقه انعقد على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا ينقطع بالانهار الصغار قوله فصار كما اذا شرب من نهر يأخذ من دجلة هذا اذا كان النهر الذى يأخذ من دجلة صغيرا اما اذا كان كبيرا تنقطع النسبة من دجلة قوله ولو كانت اليمين مطلقة اى غير موقت بوقت وهو اليوم مثلا ففى الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنت عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه يحنت في الحال وفي الوجه الثانى وهو ما اذا كان الماء موجودا في الكوز فاهريق يحنت في قولهم جميعا قوله فابو يوسف رحمة الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت اى في تنجز الحنت وتأخره فقال في المطلق تنجز الحنت كما فرغ من اليمين وفي الموقت باليوم بتأخر الحنت الى آخر اليوم وهما ايضا فرقا في الحنت وعدمه لكن في صورة واحدة وهو ما اذا كان الماء موجودا وقت اليمين ثم اهريق فقالا في المطلق يحنت وفي الموقت باليوم لا يحنت * وجه الفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى عليه ان في اليمين المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين والتوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت * فان قيل التوقيت انما يكون للتوسعة ان لو وجب الفعل عليه في الحال لولا ذكر الوقت وليس كذلك فان من عقد يمينه على الفعل مطلقا يجب عليه في آخر عمره كما في قوله ليأتين البصرة فيكون التوقيت على هذا للتضييق لا للتوسعة * قلنا انما ينتظر آخر العمر في فعل يرجى بحقيقته كما في قوله ليأتين البصرة وهذا بمعزل من ذلك لانه لا يرجى شرب الماء المعدوم فلا فائدة في الانتظار فيجب الفعل في الحال * ووجه الفرق لهما كذلك ان في المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين ففوات المحلوف عليه بعد وجوب البر لا يمنع الحنت كما اذا مات الخالفى والماء باقى فاما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت لما عرف ان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مضافا الى وقت تعيين الجزء الاخير للزوم الفعل ولا يحنت بترك الفعل المحلوف عليه قبل ذلك لان الوقت صار ظرفا له لا معيارا فيلزم في جزء من ذلك الوقت ويتعين اخره كصلوة الظهر في وقت * * * * * الظهر

كما إذا مات الحالف والماء باق في الموقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم تبقى عملية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقبلن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقبيها) وقال زفر رحمه الله لا تنعقد لأنه مستحيل عادة فاشبهه المستحيل حقيقة فلا ينعقد * ولنا أن البر متصور حقيقة لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى * وإذا

الظهر يتعين آخر الوقت وكذا إذا هلك المحلوف عليه قبل آخر الوقت لا يحنث في الحال بالأجماع أيضا وإنما الحلف في الحنث بعد مضي الوقت عند أبي يوسف رحمه الله يحنث وعندهما لا يحنث وإذا ثبت أن البر يجب في آخر الوقت وعند ذلك لم يبق عملية البر لاراقة الماء قبل ذلك فلا يجب البر ويبطل اليمين * فان قيل ينبغي أن يبقى اليمين ولا يبطل لأن إعادة ذلك الماء مقدور وعقد اليمين ابتداء على تلك القدرة جاز كما إذا حلف ليقبلن هذا الحجر ذهبا فاولى أن يبقى المعقود على تلك القدرة * قلنا ابتداء اليمين انعقدت في الكوز على الممكن في الظاهر وعند الاراقة ما بقي ذلك الممكن ممكنا فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت اما في مسألة الحجر اليمين انعقدت ابتداء على القدرة في الجملة لا على الامكان الظاهر **قوله** كما إذا مات الحالف يعني إذا مات الحالف قبل تحقيق البر فانه يحنث وتجب الكفارة خلفا عن البر بحكم العجز الثابت عادة وان كان البر متصورا باعادة الحيوة فكذا هنا بعد الفراغ عن اليمين وجب ان يحنث بالعجز الثابت عادة وتجب الكفارة وان كان البر متصورا باعادة الماء * فان قيل العجز من حيث العادة عقيب اليمين لما كانت ترفع اليمين فالعجز المقارن لليمين اولى ان يمنعها من الانعقاد لان المنع اسهل من الرفع * قلنا لما تغير العجز ان جاز ان يكون الطارىء رافعا والمقارن غير مانع كالشيخ الفاني عجزه عن الصوم لا يمنع وجوب الصوم عليه ثم عجزه يرفع الواجب حتى ينتقل إلى الفداء وكذا لو تزوج امة بغير اذن مولاه انعقد النكاح ولا يكون حق المولى مانعا من بقاء الانعقاد فاذا اشترها من يحل له وطئها يصير حق المشتري رافعا لذلك العقد ولا تعمل الاجازة لما عرف ان الحل البات اذا طرء على حل موقوف ابطله * فان قيل اذا حلف ليقتلن فلانا وهو عالم بموته تنعقد يمينه على حيوة يحدث فيه باحداث الله تعالى فلم لانعقد اليمين في مسألة الكوز على ما يخلق الله تعالى في الكوز بعد اليمين * قلنا ان الله تعالى لو خلق الماء في الكوز لم يكن هذا الماء محلوف عليه اذا المحلوف عليه هو الماء الذي في هذا الكوز وقت اليمين بخلاف مسألة القتل فان الله تعالى لو خلق الحيوة في الميت الفلاني كان فلانا بعينه فلهذا لا فرق في مسألة الكوز بعد ان يكون عالما بعدم الماء في الكوز اولم يكن عالما وقت اليمين في الصحيح من الجواب * فان قيل هلا قدر اليمين كانه قال لا شربن الماء الذي في هذا الكوز ان خلق فيه الماء كما في مسألة القتل ان كان عالما بموته * قلنا قوله لا شربن الماء الذي في هذا الكوز عبارة عن الموجود كانه اشار والاشارة إلى المعدوم لاتصح واذا كان هذا عبارة عن الموجود يعتبر بها لو نص عليه ولو نص عليه وقال لا شربن الماء الموجود في هذا الكوز ان خلق لا يستقيم ويكون وصفا منه للشيء الواحد بالوجود والعدم فلا يثبت اقتضاء فاما في مسألة القتل لو نص عليه وقال لاقتلن فلانا ان عادت اليه الحيوة كان مستقيما فامكن اثباته اقتضاء **قوله** انعقدت يمينه وحنث عقبيها هذا اذا حلف مطلقا واما اذا وقت اليمين لم يحنث ما لم يمض ذلك الوقت **قوله** ألا ترى ان الملائكة يصعدونه وكذا الجن قال الله تعالى وانا لمسننا السماء فلما كانت السماء عينا لمسوسة بمحلوف كان المس متصور المحلوف آخر لا مستحيلا لان * * مستحيل

وإذا كان متصورا ننعقد اليمين موجبا لحلفه * ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما إذا مات الحالف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسألة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في الكلام

(ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو يجيئ يسمع الا انه نائم حنث) لانه قد كلمه ووصل الى سبعة لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو يجيئ يسمع لكنه لم يفهم لتغافله * وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رحمهم الله لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو يجيئ لا يسمع صوته (ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث) لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن * * * * *

مستحيل الوجود في نفسه لا يختلف بين محلوف ومحلوف فكان مستحيل الوجود في حق الكل كاستحالة الجمع بين الحركة والسكون وكذا تحول الحجر ذهباً بتحويل الله تعالى يحكى عن بعض الاخبار قوله وإذا كان متصورا ننعقد اليمين وذلك لان الايجاب من العبد معتبر بالايجاب من الله تعالى واليمين جهة في ايجاب البر والايجاب من الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف الا ترى ان الصوم واجب على الشيخ الفاني وان لم يكن له قدرة لمكان التصور والحلف كذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم كذا في الفوائد الظهيرية والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب اليمين في الكلام

قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو يجيئ يسمع الا انه نائم حنث * اعلم ان التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدى اليه مقامه وهو ان يكون يجيئ لو اصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع يسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله * وذكر في الذخيرة لا يحنث حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها فان كان موصولا لم يحنث نحو ان يقول ان كلمتك فانت طالتي فاذهبى او قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مردا باليمين وكذلك اذا قال واذهبى الا ان يريد بهذا الكلاما مستأنفا فعلى هذا لو قال الرجل لغيره ان ابتدئك بالكلام فعبدى حر فالتقيا وسلم كل واحد منهما صاحبه معا لم يحنث الحالف فيه لان شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداية والبداية بالسبق والحالف ان كلمه بالسلام الا انه لم يسبقه ويسقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنث ابدا بحكم هذه اليمين لوقوع 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 ابتدئك بكلام فانت طالتي وقالت المرأة له ان ابتدئك بكلام فجاريتي حرة ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث في يمينه لان المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت ان ابتدئك بكلام فلا يكون الزوج مبتدئا لها * ثم المرأة يتكلمها لا يحنث في يمينها ايضا لانها ما ابتدأت بالكلام قوله فصار كما اذا ناداه وهو يجيئ يسمع الا انه لم يفهم لتغافله فان هناك يحنث لانه اوقع * * * * * صوته

وكل ذلك لا يتحقق الا بالسمع * وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضاء * قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على مامر (وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) لانه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين وذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقر الذي يلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لا صوم من شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه (وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لا يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث) وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي ارحمة الله تعالى عليه لانه كلام حقيقة ولنا انه * * * * * في

صوته في اذنه وان لم يفهم لتغافله اى لغفلته فحنث الا ترى انه لو ناداه وهو بعيد يسمى هاديا ولوناداه وهو قريب يسمى مناديا كذا في المبسوط قوله وكل ذلك لا يتحقق الا بالسمع * فان قيل يشكل بما اذا اذن لعبده وهو لا يعلم صار مأذونا عند ابي حنيفة رحمه الله * قلنا ان العبد كان من اهل التصرف بالآدمية لانه كان محجورا لحلف 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 مثبنا لباحة الكلام للحال فلا بد من الاعلام بذلك قوله وانه يتم بالاذن كالرضاء يعنى اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكله لا يحنث لما ان الرضاء يتم بالراضى فكذلك الاذن يتم بالاذن قوله ولا كذلك الاذن على ما مر وهو قوله لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام ولا يتحقق ذلك الا بالسمع قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف الى قوله عملا بدلالته حاله وهو الغيب الذى لحقه في الحال لان الحامل على اليمين غيب لحقه منه في الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه في الحال قوله لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين اما لان قوله لا صوم من اثباتي بخلاف قوله لا يكلمه فانه عدمى والعدمى يستغرق بخلاف الاثباتي الا ترى انه كيف استغرق النهى في قوله لا يفعل ولم يستغرق الامر في قوله افعل واما لان الصوم غير صالح للتأيد لتخلل الاوقات التى لاتصح 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 العمر فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه عن اليمين وفي الثانى اضاف الصوم الى الشهر فصار الشهر لتقدير الصوم كذا ذكره الامام الترمذى رحمه الله * فان قيل بشكل بما اذا قال امرك بيدك شهرا فانه يتعين الذى يليه وان كان لا يتأبد اذا لم يذكر الشهر * قلنا قوله امرك بيدك موجه تغريض الطلاق اليها في الساعة ويقتصر على المجلس فذكر الشهر فيه لم يحكم من هذه الساعة الى الشهر فتعين الشهر اذ لو لم يتعين لا يكون لم الحكم من هذه الساعة الى الشهر بخلاف فصل الصوم فان قوله والله لا صوم من لا يتعين فيه الساعة ولا يقتصر على المجلس فافترقا قوله وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث لانه متكلم بكلام الله تعالى قوله وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اى لا يحنث بها في الصلوة ويحنث بها خارج الصلوة وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله ان عقد يمينه بالفارسية لا يحنث بالقراءة والتسبيح خارج الصلوة ايضا للعرف فانه يسمى قارفا ومسبحا لا منكما وعليه الفتوى * وقال شيخ الاسلام المعروف بنجواهر زاده رحمه الله لا يحنث خارج الصلوة اذا قرأ اوسبح او هلال لانصراف يمينه الى كلام الناس والقياس ان يحنث في الوجوه كلها لانه كلام حقيقة باعتبار انه معنى ينافي السكوت والآفة والطفولة والحرس والقرآن كلام الله قال الله * * * * * تعالى

وما جاء استعماله في مطلق الوقت (ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يأذن فلان او حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم او الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم او الاذن لم يحنث) لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين (وان مات فلان سقط اليمين) خلافا لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه لان المنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين (ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانث منه امرأته او عادى صديقه فكلهم لم يحنث) لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث * قال رضى الله عنه هذه في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رحمه الله يحنث كالمراة والصديق * قاله في الزيارات لان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها وتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة * وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه * * * * * ولهذا

قوله وما جاء استعماله في مطلق الوقت اى المذكور بعبارة الفرد اما اذا ذكر بلفظ الجمع فلا يختص بسواد الليل كما في قول الشاعر

شعر وكنا حسبنا كل سوداء ثمرة * ليالى لاقينا المجنيم وحميرا

والمراد به الوقت قوله لانه غاية اما في كلمة حتى فظاهر لانها للغاية قال الله تعالى هي حتى مطلع الفجر وكذا الا ان 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 يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمل التأقيت حتى لو قال لها انت طالق شهرا يتأ بد 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 يتوقفت حمل على الغاية كما في مسألة الكتاب وان دخل على ما لا يتوقفت 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 المعيا قبل وجود الغاية اما في الشرط لا حكم للكلام قبل وجود الشرط فلهذا لم يتعذر حمله على الغاية وانما جعل مجازا عن اشتراط عدم القدوم لما بين استثناء الشئ واشتراط عدمه من المشابهة فان الشئ اذا استثنى عن حكم 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

قوله لان المنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم يعنى المنوع باليمين كلام ينتهى منعه بالاذن والقدوم له وبعد ما مات فلان لم يبق الكلام بهذه الصفة متصور الوجود فسقطت اليمين كما في مسألة الكوز * * * * * قوله

ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك (وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد ايضا) وهو قول زفر رحمه الله (وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للمشركة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي في اليمين معنى في المضاعف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذوانها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بمجال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاعف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم (وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلفه حنث) لان هذه الاضافة لا تحتل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه (ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث) لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على مامر من قبل والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

(قال ومن حلف لا يكلم حيناً او زماناً او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر) لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى سبحانه هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى توتى اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لو جرد الامتناع فيه عادة والمريد لا يقصد به غالباً لانه بمنزلة الابد * * * * *

قوله ولهذا لم يعينه اى بالاشارة لم يقل امرأة فلان هذه او صديق فلان هذا قوله والداعي لمعنى في المضاعف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اى لانه لم يقل لا اكلم صديق فلان لان فلانا عدولى بخلاف ما تقدم اى من مسألة الدار والثوب والعبد لان الداعي لمعنى في المضاعف اليه فيها ظاهر لان تلك الاعيان لا تهجر لذوانها اما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لحسنه وسقوط منزلته الحق بالجمادات فيبيع في الاسواق كما يبيع البهائم فلا يقصد بالهجر ان فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها * فان قيل يحتمل ان يكون الهجران لاجل ذات الدار والدابة على ما قيل الشؤم في الثلث في الدار والمرأة والقوس * قلنا ذلك احتمال لم يقترن به العرف والعادة لما ان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى عادة لذوانها * 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 كلف المشتري لا يحنث لما بينا قوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين * جواب سؤال يرد على قوله اذا الصفة في الحاضر لغو بان يقال الصفة قد اعتبرت في الحاضر في قوله لا تأكل هذا الرطب حتى لا يحنث اذا اكله بعد ما صار تمراً * 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 مرى فيما اذا حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكله بعد ما صار شاة لم يحنث

فصل

والله اعلم وقوله ومن حلف لا يكلم فلاناً حيناً او زماناً او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر وانما استوى المعرف والمنكر لان ستة اشهر لما صارت معهودة فيما انصرف التعريف الى المعهود قوله لان الحين يذكر ويراد به الزمان القليل قال الله تعالى حين تمسون وحين تصبحون اى ساعة تمسون وصاعة تصبحون والمراد به وقت الصلوة * * * * *

ولو سكت عنه يتأبد فتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيته منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئاً فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه (قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لا ادري ماهو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفاً * لهما ان دهرها يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيته منذ حين ومنذ دهر بمعنى * وابو حنيفة رحمه الله توفى في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والمعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال (ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام) لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع فهو الثلث ولو حلف لا يكلم الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا على ايام الاسبوع (ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا) لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها * وله انه جمع معرف * فينصرف

وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر والمراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى يؤتى اكلها كل حين بأذن ربها وانه ستة اشهر من حين يخرج الطلع الى ان يدرك النمر فعند الاطلاق يحمل على الوسط من ذلك فان خير الامر او ساطها وانا نعلم انه لم يرد الساعة لان الغضبان لا يعزم على ترك الكلام ساعة ولا يحلف على ذلك ونعلم انه لم يرد به اربعين سنة لانه ان اراد ذلك يقول ابدا لانه بمنزلة الابد اويسكت قوله ولو سكت عنه يتأبد اي لو سكت عن ذكر الحين وقال لا يكلم فلانا يكون على الابد فلما ذكر حينا مع ذلك وجب ان يستفاد منه معنى سوى المعنى الذي يستفاد عند عدم ذكره ليفيد ذكره وتلك الفائدة يجب ان لا يكون الزمان اليسير ولا اربعين سنة لما ذكرنا آنفا فتعين ما قلنا وهو ستة اشهر قوله وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى عليه لا ادري ما الدهر اي في حكم التقدير لان الدهر مخالف للحين والزمان اذ معرفه يقع على الابد بخلاف الحين والزمان فلم يلحق بهما قياسا قوله وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح قيد به لما روى بشر عن ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه ان المعرف والمنكر عنده سواء قوله والمعرف لم يعرف استمراره جواب عن قولهما ان دهرها يستعمل استعمال الحين والزمان لاختلاف في الاستعمال قال الله تعالى وما يهلكنا الا الدهر وقال عليه السلام لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر فكان مجملا والتوقف في المجهول آية العلم والحوض بطريق القياس فيما طريقه التوقيف وهو اللغة والتقدير امارة 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 ومقنيتهم 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 المساجد وخير اهلها من ان يكون اول الناس دخولا وآخرهم خروجاً فعرفنا ان التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان * * * * * قوله

فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة (وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين) وعندهما
ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه (ومن قال لعبده ان خدمتنى اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة
عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه عشرة ايام) لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام * وقالا سبعة ايام لان
ما زاد عليها تكرر * وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون
الجمع والله تعالى اعلم بالصواب * * * * باب

قوله فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة لان اسم الايام ينتهى 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 لانها اكثر ما يطلق عليه صيغة الجمع فاذا
دخل عليه لام التعريف تناول ما هو الاكثر حملا على الاستغراق وهذا لان الكل من الايام عشرة والاقل
ثلاثة 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 ينتهى ايامها باسمها واللام انما دخلت على الايام فالصرف الى تعريفها
في انفسها اولى * فان قيل انما تنتهى الايام الى عشرة لغة اذا كانت مقرونة بالعدد لا مطلقة فان الله
تعالى قال وتلك الايام نداولها بين الناس لا يبراد بها العشرة قصرا عليها والايام هنا ذكرت مطلقة عن
العدد * قلنا اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة 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 التى هى اسم جنس من كل وجه * فان قيل اذا حلف لا يتزوج النساء ولا يشترى
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 الادنى لا محالة * بيانه ان معنى الجمع
لو كان مرعيا في جميع الاعيان فالحنث في الوجود مفتقر الى ذلك الفعل في كل فرد من افراد الازمان بدليل
ان من حلف لا يكلم فلانا عشرة ايام يحنث بكلامه في يوم منها ولو حلف لا يشترى عشرة اثنان لم يحنث
بشراء ثوب واحد * والثاني ان في سائر جمع الاعيان لو بقى معنى الجمعية وصرف ذلك اللفظ الى عدد
من الاعداد يبقى جمعا منكرا فيبطل حرف التعريف حينئذ بخلاف جمع الازمان لانه يتعين ما يلى وقت
الحلف من الزمان فلا يكون منكرا فامكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من كل وجه فانعدمت
الضرورة الداعية الى سقوط اعتبار الجمعية * ثم عندهما في الجمع والسنين ينصرف الى العمركله * وفي
قوله لا يتزوج النساء لم ينصرف الى جميع نساء العالم لان المقصود من اليمين المنع من التزوج وذلك
ليس في وسعه فلا يمنع نفسه عنه وهنا لو حمل على منع نفسه عن التكلم مدة عمره يحنث بكلام واحد فتفيد
اليمين فائدته فافترقا **قوله** لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وهذا لانه لما ذكر الكثرة تبين انه لم
يرد به اقل الجمع وليس بعض الاعداد فوق الثلث بالاولى من البعض فينصرف الى المعهود لفظ الايام
* وقيل لو كانت اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة اى اجماعا لانه يذكر فيها بلفظ الفرد يعنى في الفارسية
لانفاوت بين ما فوق العشرة وما تحتها فانه يقال ده روز ويازده روز فلم ينصرف لفظ الجمع الى العشرة ولا
كذلك العربية فالخاص ان ابا حنيفة رحمه الله انما صرف الايام الى العشرة باعتبار ان العشرة اقصى ما
ينطلق عليه اسم الجمع وقد عدم هذا في الفارسية والله تعالى اعلم بالصواب * * * باب

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 تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد (ولو

قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال لا يعتق واحد منهما) لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه فتحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بحمل للحربة وهى الجزاء * ولا يحنيفة رحمة الله تعالى عليه ان مطلق اسم الولد تقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهى قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا يثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصح مقيدا (واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق) لان الاول اسم لسابق فرد (فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم) لان عدم التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية (وان كان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث) لانه يراد به التفرد في حالة الشراء * * * * * لان

باب اليمين في العتق والطلاق

قوله عتق الحى وحده عند ابي حنيفة رحمه الله انما قال وحده لانه لا يعتق ما ولد بعده قوله وقال لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت فتحل اليمين وذلك لان الشرط في اليمين ولادة مطلق الولد وقد وجدت وانحلال 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 بمطلق الدخول وقد وجد وصار هذا كما اذا كان المعلق به عتق عبد آخر ولا يحنيفة رحمه الله ان شرط انحلال اليمين ولادة ولد حى نظرا الى وصفه اياه بالحرية * وبه فارق ما ذكر من النظائر لان الجزاء هناك ليس وصفا للشرط * وفي الايضاح لو قال اول عبد يدخل على فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حى عتق الحى ولم يذكر خلافا والصحيح انه بالاتفاق لان اسم العبد بعد الموت لا يبقى في التحقيق لان الرق يبطل بالموت قوله تقيد بوصف الحيوة تصحبا للكلام القائل اذ لو لم يقيد بالحيوة صار لغوا فصار كما لو قال ان ضربت فلانا يتقيد بضربه حيا تصحبا للشرط اذ معنى الضرب وهو الايلام بعد الموت لا يتحقق بخلاف ما اذا كان الجزاء طلاقا او حرية ام الولد لانه لا يصح مقيدا لانه مستغن عن حيوة الولد فبقى مطلقا * فان قيل لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره ثم اشترى عبدا لنفسه لا يعتق الثاني لان انحلال اليمين بالاول ولم يتقيد بضرورة وصفه اياه بالحرية * قلنا الذى اشتراه لغيره محل للاعتاق فانحلت اليمين اما الولد الميت فليس بحمل 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 ونفى 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

لان وحده للمحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف (وان قال آخر عبد اشترىه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق) لان الآخر فرد لاحق وللسابق له فلا يكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر) لانه فرد لاحق فانصف بالآخرية (ويعتق يوم اشتراه عند ابيحنيفة رحمة الله تعالى عليه) حتى يعتبر من جميع المال (وقال يعتق يوم مات) حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الوت فيقتصر عليه * ولا يحنيفة رحمه الله أن الموت معرف فاما انصافه بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا * وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به * وفائدته تظهر في حرمان الارث وعدمه (ومن قال كل عبد بشرى بولادة فلانه حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول) لان البشارة اسم لخبير يغير بشرة الوجه * ويشترط

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 وصف التفرد للرجل في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار لا الانفراد في ذاته وهي الرجولية واذا ثبت هذا فقوله املكه وحده يقتضى التفرد في الملك والعبد الثالث متصف بهذه الصفة فيعتق فصار كما لو قال اول عبد اسود املكه فهو حر فملك ابيضين ثم اسود عتق الاسود لتعلق العتق بعبد متصف بصفة التفرد في السواد والثالث متصف بهذه الصفة وقوله املكه وحده صفة للعبد فيقتضى التفرد في الذات ويعكس احد موجبي الاولية فلم يتغير الحكم فيه وجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة معنى التفرد والتوحد فكان العتق متعلقا بعبد متصف بصفة التفرد في الذات والثالث ليس بهذه الصفة قوله لان وحده للمحال لغة فان قيل قال في الكتاب اول عبد املكه واحدا فوجب ان لا يمتثل غير الحال وصارت نظير وحده * قلنا لعل زيادة الالف وقع خطأ من بعض الكتاب لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلم يعتبر نصبه وجعل نعما ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه وصف الاولية كما لو ملك معه ثوبا ونحوه فلو قال اول كر املكه فهو هدى فملك كرا ونصف كرا يلزمه شيء لان النصف يزاحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف العبيد والثياب قوله يعتبر من جميع المال اى اذا كان الشراء وقت الصحة قوله فكان الشرط متحققا عند الموت وهذا لان الاخرية انما تثبت بعدم شراء آخر بعده وصار كانه قال ان لم اشتر عبدا آخر فالثاني حر ولو قال كذلك يعتق عند الموت فكذا هنا * ولا يحنيفة رحمه الله ان الثاني آخر لكونه فردا لاحقا لا يشاركه غيره من جنسه وانما تبطل عنه صفة الآخرية بشراء آخر بعده فاذا لم يشتر كان اخر من وقت الشراء كما لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم فان استمر ثلثة ايام يحكم بوقوع الطلاق من حين حاضت وقولهما ان العتق يتعلق بعدم شراء آخر بعده * قلنا كذلك لكن لم يجعل هذا شرطا لاصريحا ولا دلالة فلم يجعل شرطا بل علامة على ثبوت الحكم كاستمرار الدم في الحيض فاذا وجدت العلامة ثبت الحكم سابقا على وجود العلامة على ما هو الحكم في العلامة لانه لا يوجد الحكم عنده فكانت العلامة شرطا لعلمنا بوجود الحكم وشرطه سابقا فكان الموت معرفا لوجود شرط الآخرية من زمان الشراء فيستند الحكم كما في مسألة الحيض قوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به فانه اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم امرأة * * * * * ودخل

* ويشترط كونه سارا بالعرف * وهذا انما يتحقق من الاول (وان بشره معا عتقوا) لانها تحققت من الكل (ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه) لان الشرط قران النية بعلة العتق وهى اليمين * فاما الشراء فشرطه (وان اشترى اياه ينوى عن كفارة يمينه اجزاه عندنا) خلافا لزر والشافعى رحمهما الله تعالى * لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهى القرابة * وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة * ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتره فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه (ولو اشترى ام ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى ثم اشترتها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حرمتها مستحقة بالاستيلاء فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه * بخلاف ما اذا قال لغنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى حيث يجزيه عنها اذا اشترها لان حرمتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية (ومن قال ان تسريت جارية فهى حرة فتسرى جارية كانت فى ملكه عتقت) لان اليمين انعقدت فى حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة فى هذا الشرط فبتناول كل جارية على الانفراد (وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق بهذه اليمين) خلافا لزر رحمه الله تعالى فانه يقول التسرى لا يصح الا فى الملك * * * * *

ودخل بها ثم مات تطلق من حين التزوج ولها مهر ونصف وعتقتها بالحيض بلاهداد ولا تراث منه وعندهما تطلق فى آخر حيوته ولها مهر واحد وعليها عدة الوفاة وتراث منه وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة قوله ويشترط كونه سارا بالعرف وانما قيد بالعرف لان البشارة لغة اسم الخبر يعبر بشرة الوجه من فرح او حزن قال الله تعالى فبشرهم بعذاب اليم فبشرناها باسحق * وفى العرف اسم لخبر سار صادق غاب من الخبر علمه وهذا انما يتحقق من الاول لان الثانى اخبره بما كان معلوما له فلا يتغير بشرة وجهه عند سماعه بخلاف الخبر فان حقيقة الاخبار موجودة من كل واحد لان الخبر خبر وان كان عند المخبر علمه * واصله ماروى ان النبى عليه السلام مر بابن مسعود رضى الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل الله تعالى فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابوبكر وعمر رضى الله عنهما للبشارة فسبق ابوبكر عمر رضى الله عنهما بها كان ابن مسعود رضى الله عنه يقول متى ذكر ذلك بشرنى ابوبكر واخبرنى عمر وان بشره معا عتقوا لانها تحققت من الكل حيث غيروا بشرة وجهه الا ترى الى قوله تعالى فبشره بسلام غلام عليم حيث اضاف البشارة الى الجماعة فدل على تحقق البشارة من الجماعة قوله لان الشرط قران النية اى شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهى اليمين ولم توجد نية التكفير وقت يمينه لان الكلام فيه فاما الملك عند الشراء فشرط العتق ولا اثر له فى استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تغترن نية الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز كذا فى المبسوط قوله فاما الشراء فشرطه * ولا يقال بان قوله فهو حر انما يصير علة عند الشراء اذ المعلق بالشرط يصير علة عند وجود الشرط فتحقق قران النية بعلة العتق لان الاهلية تشتترط وقت اليمين لا عند وجود الشرط حتى لو جن بعد اليمين ووجد الشرط يثرب الحكم عليه وان لم يكن من اهله فكذا نية تشتترط وقت اليمين قوله فاما العلة فهى القرابة لان العتق فى القريب بطريق الصلة والقرابة وهى العلة للصلوات كما فى النفقة والتزاور * قلنا العتق صلة وللملك تأثير فى استحقاق الصلة شرعا * * * * *

فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير الزوج مذكورا * ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى وهو شرط فتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسألة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها واحدة لانطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا * * * * *

حتى تجب الزكوة باعتبار الملك صلة للفقراء كما للقرابة تأثير في استحقاق الصلة فكان كل واحد من الوصفين لكونه مؤثرا علة ومتى تعلق الحكم بعلته ذات وصفين يحاله على آخر الوصفين وجود الان تمام العلة به و آخر الوصفين الملك فيكون به معتقا ثم الملك ثبت بالشراء والعتق بالملك فيضان العتق الى الشراء بواسطة الملك * وهذا كمن رمى انسانا عمدا فاصابه فقتله قتل به كأنه جز رقبتة بالسيف وان كان فعله رميا لان الرمي اوجب بعود السهم ومضيه في الهواء وذاسب الوقوع في الرمي وذاسب الجرح وذاسب الموت فيضان 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 وتأيد ذلك بقوله عليه السلام لن يجزى ولد والده حتى يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اى بالشراء لأنه لا يحتاج الى اعتاق آخر بعد الشراء وهذا كما يقال سقاه فارواه وضربه فوجعه اى بالسقى والضرب ولهذا اذا اشترى نصف ابنه والنصف الآخر لغير البائع ضمن لانه اعتقه بالشراء فاضيف الى الملك ولو كان عبد بينهما فادعى احدهما انه ابنه ضمن لان القرابة آخرهما وجودا بخلاف ام الولد لان حقها مستحق بالاستيلاء السابق فاضيف العتق الى اليمين من وجه لامن كل وجه فصار كأنه اعتق ام الولد قوله فكان ذكره ذكر الملك * فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر رحمه الله تعالى لا يقول بالاقتضاء حتى ان من قال لا آخر اعتق عبدك عنى بالى فاعتقه كان العتق واقعا عن المأمور * قلنا اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهى عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهى عن التأنيف * ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل واجتهاد فكان الملك ثابتا دلالة * ولنا ان اليمين بالعتق انما تصح في الملك او مضافا اليه او الى 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 ملك الامة فلم تصح اضافة الاعتاق اليه وهذا لان التسرى عبارة عن التحصين والاسكان وهو ان يبوتها ويمنعها من الخروج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السرية من السر وهو الوقاع او من السرور وهى سرور مالكها او من السرى وهو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الاماء * وعند ابي يوسف رحمه الله طلب الولد شرط مع ذلك لان السرية في العادة هى التى تطلب ولدها وواحد من هذه الاشياء ليس بسبب ملك الامة الا انه لا يستغنى عن الملك فيصير الملك مذكورا اقتضاء ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيقدر بقدره ولا يتعدى 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 ثمه لانه صادف الملك اذ ملكه في العبد قائم في الحال فكان ذكر الطلاق ذكر اللنكاح الذى لا يستغنى عنه الطلاق لا ذكرا لما لا يستغنى عنه الجزاء حتى لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا فتزوجها ووطئها وطلقها واحدة لم يقع الثلث لان الملك صار مذكورا ضرورة فلم يتعد عنه الى صحة الجزاء فهذه وزان مسئلتنا ووزان ما استشهد به زفر رحمه الله انه يقول ان * * * * * تسريت

(ولو قال كل مملوك لى حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا (ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا) ولهذ الايملك اكسابه ولا يحل له وطىء المكاتبه بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلفت الاضافة فلا بد من النية (ومن قال نسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين) لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحلله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه * وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار فى الاولين لما بين

باب اليمين فى 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 فى يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الامر وانما الثابت له حكم العقد * * * * *)

تسريت امة فعبدى هذا حر فاشترى امة فتسراها 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 فى اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض فانه لا يصدق فى القضاء والديانة جميعا لانه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه لان المملوك حقيقة الذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهن لفظ التذكير عادة فان نوى الذكور 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 انو المدبرين لم يصدق فى القضاء وفى كتاب الايمان اذا قال لم انو المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله ولا فى القضاء فقيه روايتان كذا فى المبسوط قوله ومن قال نسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين ولو قال والله لا اكلم فلانا او فلانا وقلنا حنث بكلام الاول او الاخيرين كقوله لا اكلم هذا او هذين * والفرق ان او اذا دخلت بين شيئين تناولت احدهما وذا فى الطلاق فى 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 عطا على التى هى محل الجزاء من الاوليين وهى احدهما غير عين اذسياف الكلام للانجاب * وانما يعطف الشىء على ما سيق له الكلام فصار كانه قال احديكما طالق وهذه ولو قال هكذا كان الجواب ما قلنا كذا هنا * وفى مسألة الكلام فى موضع النفى 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 وقلنا لو قال هكذا كان الثالث مضموما الى الثانى فيصير كانه قال ولا هذين كذا هنا ولانه حينئذ صار كانه قال هذه طالق او هاتان طالق وانه لا يصح فجعل كانه قال هذه طالق وهذه طالق وهذه طالق ليصح ولو قال هكذا نطق الثالثة وخير فى الاوليين كذا هنا وثم صار كانه قال لا اكلم هذا ولا اكلم هذين وانه صحيح والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

اي من الطلاق والعتاق والضرب قوله ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه اي اذا كان العاقد الوكيل هو الحالف بان لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر * * * * * قوله

الا ان ينوى ذلك لان فيه تشريدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمتنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث) لان الوكيل في هذا سفير ومعتبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد يرجع الى الآمر لا اليه (ولو قال عنيت ان لا انكلم به لم يدين في القضاء خاصة) وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى (ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه) لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك تولية غيره ثم منفعتة راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لاحقوق له ترجع الى المأمور (ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسى دين في القضاء) بخلاف ما تقدم من الطلاق وغير ذلك * وجه الفرق ان الطلاق ليس الاثكلما بكلام يفضى الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلّم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلّم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لاقضاء اما الذبح والضرب فعل حسى يعرف باثره والنسبة الى الامر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى المحققة فيصدق ديانة وقضاء (ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه) لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأديب والثثقى فلم ينتسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعتة الاثتمار بامره فيضانى الفعل اليه (ومن قال لغيره ان بعث لك هذا الثوب فامر أنه طالق ففس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث) * * * * * لان

قوله الا ان ينوى ذلك اى ينوى في يمينه لا يبيع او لا يشتري او لا يؤجر ان لا يأمر غيره ايضا فحينئذ يحنث بالامر والاستثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث قوله او يكون الحالف ذا سلطان عطف على ان ينوى اى لا يتولى العقد بنفسه فامر غيره يحنث اى اذا باشره المأمور ولو فعل ذلك بنفسه يحنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة فان كل مباشر تارة ويفوض اخرى يعتبر الغالب * والاصل ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور لوجوده منه حقيقة وحكما والايحنت ويصير العاقد سفيرا او الآمر فاعلا فما يحنث بالمباشرة لا بالامر بالبيع والشراء والاعارة والاستيجار والصالح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد وما يحنث بالمباشرة والامر بالنكاح والطلاق والحلع والعنت والكتابة والصالح عن دم عمدا والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والحياطة والايديع والاسيتداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل حتى لو حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك ففعل حنث * وعند الشافعى رحمه الله لا يحنث لوجود التطبيق من المأمور حقيقة ومن الامر حكما فوجد شرط الحنث عن الحالف من وجه دون وجه فلا يحنث كما في البيع ونحوه * ولنا ان عوض الحالف التوفى عن حكم العقد وحقوقه وشىء من احكام هذه العقود الشرعية لا يستقر على المأمور بل ينقل العقد بجميع الاحكام الى الآمر وصار المأمور سفيرا ولهذا يضيفه الى الآمر لا الى نفسه قوله لان المالك له ولاية ضرب عبده بخلاف ما اذا حلف ان لا يضرب حرا فامر غيره فضربه لا يحنث لان امر المولى غيره صح لانه يملك ضرب عبده بنفسه فيملك امر غيره به ولهذا سقط الضمان عن المأمور وامره بضرب الحر لم يصح لانه لا يملك ضربه بنفسه الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به قوله اما الذبح والضرب فعل حسى يعرف باثره وهو الايلام فحقيقته عند اسناده الى نفسه ان يفعله بنفسه والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة * * * * * كلامه

لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضى اختصاصه به وذلك بان يفعله بامر اذ البيع تجزى فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبالك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامر اوبغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضى الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له * ونظيره الصباغة والخياطة وكل ما تجزى فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لايجتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين (ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والمملك فيه قائم فينزل الجزاء (وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا) لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والمملك قائم فيه* وهذا

كلامه فيصدق ديانه وقضاء بخلاف الطلاق والعتاق لانه ليس الا كلام يفضى الى الطلاق والعتاق والتوكيل بذلك مثل التلفظ به فيمتنظهما اللفظ وهو قوله لا يطلق فاذا نوي التلفظ بنفسه فقد نوي الخصوص في العام وهو خلاف الظاهر فيصدق ديانه لا قضاء وهذا هو الفرق الذي وعده قبيل هذا بالاشارة الى الفرق * وقيل ذكر القضاء في مسألة الضرب رواية في الطلاق لانه في الموضوعين اذا نوي المباشرة فقد نوي حقيقة كلامه فيصدق قضاء في الفصلين قوله لان حرف اللام دخل على البيع حيث قال ان بعت لك ثوبا فيقتضى اختصاصه به اى اختصاص البيع بالمحلولف عليه * وفي قوله ان بعت ثوبا لك دخل حرف اللام على العين لانه اقرب اليه فيقتضى اختصاص العين بالمحلولف عليه فان نوي الثاني بالاول او الاول بالثاني صحت نيته لانه نوي ما يحتمله اللفظ بالتقديم والتأخير قوله بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام * وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله 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 بجريان الوكالة وكالة تتعلق بها حقوق يرجع الوكيل بها على الموكل وليس للضرب حقوق تاحق الوكيل ليرجع بها على الموكل ولا يملك الضرب بعقد ما فكان كالاكل * وفي الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله لو قال ان ضربت لك عبدا او ضربت عبدا لك فهو على ضرب عبد مملوك للمحلولف عليه لمكان العرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك فانصرف اللام الى ما يملك ويؤخر المقدم وفي الفوائد الظهيرية المراد بالغلام الولد قوله في الوجهين اى دخل اللام في الفعل او العين قوله ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط * فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء والنكاح الفاسد نكاح لم يفد حكمه ولم يحنث به اذا علق به العتق * قلنا جواز البيع باعتبار المالية وليس في المالية معنى ينبوعن قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الا نسانية الاثرى انه يختص بنى آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول لانه تقتضى الحرية والنكاح رق على ما جاء في الحديث فلا يحنث الا اذا كان صحيحا كذا في الفوائد الظهيرية قوله

وهذا

* * *

هذا

وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالتجز ولو تجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا (ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق اودبر طلقت امرأته) لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محمية البيع (واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لى طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفتها في القضاء) وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انها لا تطلق لانه اخرجها جوابا فيمنطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فينتقيد به * روجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه ايجاشها حين اعترضت عليه فيما امله الشرع ومع التردد لا يصح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانته لا قضاء لانه تخصيص العام والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب اليمين

قوله وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك للمشتري عندهما
قوله والمعلق كالتجز * فان قيل في المتجز لو لم يثبت الملك سابقا عليه يبطل التجز فافتضى 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 يحتاط في اثباته ومن الاحتياط تعجيله لاتأخيره وقد تجز 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 ابي حنيفة رحمة الله يمنع ثبوت الملك للمشتري فلا يعتق قبل سقوط الخيار واما ههنا فالاجاب 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 بيعة بانا لا يعتق لانه كما تم البيع زال العبد عن ملكه والمجزا لا يترك في غير الملك قوله لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محمية البيع فان قيل المحمية في التدبير باقية فانه يتمكن بيع المدبر اذا قضى القاضى بجواز بيعه * قلنا عند القضاء بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحمية انما كان باعتبار بقاء التدبير وقد قلنا ان بيع المدبر لا يجوز فكان المحل فانبا والحكم لا يبنى على ما يظهر عند قضاء القاضى في المعجرات فان قيل لم يقع اليأس في الجارية عن بيعها بالتحريم والتدبير تجوز ان يرتد فسيب بعد اللحاق فيملكها هذا الرجل ويبيعها * قلنا الخالف 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 قوله لانه اخرجها جوابا فيمنطبق 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 يلغو الزيادة هنا ان جعل جوابا لانه قصد تطيب قلبها وتسكين نفسها وذا بتطبيق غيرها لجواز ان يتع في قلبها انه اراد بما قال غير التي ظنت قوله وقد زاد على حرف الجواب اذجوابه ان يقول ان فعلت فهي طالق ثلاثا قوله ومع التردد لا يصح مقيدا اى الغرض لا يصح مقيدا مع التردد فيه وذكر شمس الامة رحمة الله تعالى في الجامع الصغير ان ما ذكره ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه اصح عندي والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب اليمين

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 واهرق دما) وفي القياس لا يلزمه شيء * لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل * ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ما شيا فيلزمه ما شيا وان شاء ركب واهرق دما وقد ذكرناه في المناسك (ولو قال على الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى) فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال على المشى الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله 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 فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه * وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا (ومن قال عبدى حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط * ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج * * * * غاية

باب — اليمين في الحج والصلوة والصوم

قوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها على المشى الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ما شيا هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام شرعا فان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشى الى بيت الله تعالى فامرها النبي عليه السلام ان تحرم بحجة او عمرة وعرفا فقد تعارف الناس ايجاب الاحرام بهذه العبارة نفا 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 اذ الاحرام باهد النسكين لا يكون بلا مشى فكان من لوازم الاحرام وذكر اللازم واردة الملزوم كناية والعرف لا يختلف بين كونه في الكعبة او خارجا منها وفي القياس لا يلزمه شيء * لان النذر انما يصح بما شرع قربة لعينه والمشى 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 النذر به وان لم يكن واجبا من جنسه قصدا * قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القربة المقصودة * فان قيل الاعتكاف يصح في الليل وان كان الصوم لا يصح فيه * قلنا صحة الاعتكاف في الليل تنبع 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 لالتزام 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 قال عليه السلام من حج ما شيا فله لكل خطوة حسنة من حسنات الحرم * وقيل ما حسنات الحرم قال واحدة منها بسبعمائة فاعتبر لفظه في ايجاب المشى لاحراز تلك الفضيلة ومعناها في ايجاب الحج او العمرة لاجتماعهم على ذلك للتعارف فصار كناية عن ايجاب الحج ماشيا قوله فامتنع اصلا اى الايجاب من الاصل حيث لم يجب عليه الاحرام باهد النسكين * * * * غاية

غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا (ومن حلف لا يصوم فتوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث) لو وجد 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 بانهاه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المرة 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 فيما 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 البتراء والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

باب اليمين في لبس الثياب والحلى وغير ذلك

(ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدى فاشترى قطننا فغزلته فتسجته فلبسه فهو هدى عند ابي حنيفة رحمه الله 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

قوله غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به بخلاف شهادتهما انه لم يحج لانا لا ندري هل شهدا عن علم ام بنيا على ظاهر العلم فلهذا لم يقبل ولهذا لو شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح بن الله ولم يقل قول النصراري وهو يقول انما وصلت به قول النصراري قبلت هذه الشهادة على النفي لاحاطة علم الشاهد به كذا هنا قوله ولكنه لا يميز بين نفي ونفي اي بين نفي يحيط به علم الشاهد وبين نفي لا يحيط به علم الشاهد تيسيرا كما في مسألة الاستبراء والسفر والمعتل مع البلوغ وغيرها فاما في قول الشاهد ولم يقل قول النصراري انما قبلت الشهادة لان ذا عبارة عن السكوت وهو امر ثابت معاين * فان قيل الشهادة على النفي انما لم تقبل اذا لم تكن مقرونة بالاثبات اما اذا قرنت بالاثبات فتقبل كشهود الارث اذا قالوا ان هذا وارث فلان لم نعلم له وارثا غيره حتى يدفع المال الى المشهود له بلا تلوم والمشهود به هنا امر ثبوتي والنفي يثبت ضمنا فاولى ان تقبل * قلنا التضحية وان كانت امر وجوديا لكنهما لا يدخل تحت القضاء فلم يكن معتبرا فبقى النفي مقصودا فاما الارث فيما يدخل تحت القضاء فيكون معتبرا و ثبت النفي في ضمن ذلك * فان قيل ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط في كتاب الدعوى ان الشهادة على النفي يسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبد ان لم يدخل الدار اليوم فانت هر فشهدا انه لم يدخل الدار اليوم تقبل ويقضى بعقده وما نحن بصدده من قبيل الشروط * قلنا هو عبارة عن امر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار قوله لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد وما زاد عليه تكرار ولهذا يقال صام فلان ساعة ثم افطر وتكرار المحلوف عليه ليس بشرط لتحقيق الحنث بخلاف ما لو حلف لا يصوم صوما * ولا يقال بان المصدر مذكور هنا ايضا * لانا نقول بلى لكن لغة لاشرا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا قوله فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة الا ترى انه لا يقال صلى ركوعا او سجودا وانما يقال صلى ركعة والله اعلم بالصواب

باب اليمين في لبس الثياب والحلى وغير ذلك

من النوم على الفراش والجلوس على السرير قوله لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك لقوله عليه السلام لانذر فيما لا يملكه ابن آدم * * * * * قوله

لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه * وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه * ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا (ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) لانه ليس بحلى عرفا ولا شرعا حتى ابيع استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلى ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يحنث لانه حلى حقيقة حتى سمي به في القرآن * وله انه لا يتحلى به عرفا الامرصعا ومبنى الايمان على العرف * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلى به على الانفراد معتاد (ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث) لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه (وان جعل فوقه فراش اخر فنام عليه لا يحنث) لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول (ولو لاهلى لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث) لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا (ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث) لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سرير آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

قوله لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه لان غزلها قد يكون من قطنها قوله والمعتاد هو المراد فكانه قال من قطنى ومن قطن ساملكه ولهذا لو اشترى الزوج قطنا فغزلته ونسجته بغير اذنه يكون المنسوج للزوج قوله وذلك سبب لملكه اى غزل المرأة من قطن الزوج سبب لثبوت ملك الزوج في المغزول ولهذا تحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر اى انما يحنث به لانه اضاف الى سبب الملك وهو غزل المرأة لا الى ملكه القطن لان القطن لم يصر مذكورا حتى يضى اليه ولهذا لو قال ان لبست من غزلت من قطنى فهو هدى اجماعا وان اضافته الى المرأة بان قال ان لبست من غزلت من قطنك لم يكن هديا اجماعا 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 يحنث فيما اذا غزلت من قطن هو ملك الزوج وقت النذر وان لم يكن القطن مذكورا ولو اهدى بقيمة الثوب جاز وفي التزام هدى شاة لا يجوز اهداء قيمتها لان القرية فيها اراقة الدم وفي الثوب سد خلة الفقير والقيمة فيه كالعين * وقيل فى اهداء قيمة الشاة روايتان وفي التزام هدى ما لا ينقل يهدى بقيمتها قوله ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وهو ما يتحلى به المرأة من ذهب او فضة او جواهر قوله حتى ابيع استعماله للرجال اى لو كان حليا يحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال واما حل التختم لهم بالفضة فانما كان لغرض آخر وهو قصد التختم به لا التزين او لما كان استعماله للتزين ولغرض آخر كان ناقصا فى معنى الحلى هذا اذا كان الخاتم فضة خالصة اما اذا صنع الخاتم من فضة على هيئة خاتم النساء بان كان ذا فص يحنث وهو الصحيح كذا فى الفوائد الظهيرية ولو لبس خالجا لا او دملوجا او سوارا يحنث سواء كان من ذهب او فضة لانه حلى كامل لانه لا يستعمل الا للتزين ولهذا لا يحل للرجال ذلك قوله حتى سمي به فى القرآن قال الله تعالى ويستخرجون منه حلية واما يستخرج من البحر اللؤلؤ * والاصل فى الكلام هو الحقيقة * وله انه لا يتحلى به الا مرصعا والترصيع التركيب ومبنى الايمان على العرف فلا ينصرف الا الى المرصع عند اطلاقه * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلى به على الانفراد معتاد قوله ومن حلف لا ينام على فراش اى فراش بعينه قوله بخلاف ما اذا حال * * * * *

باب — اليمين في الضرب والقتل وغيره

(ومن قال ان ضربتك فعبدى حر فمات فضربه فهو على الحيوة) لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه الحيوة في قول العامة 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 (قال وكذلك الكلام والدخول) لان المقصود من الكلام الافهام والموت يتأنيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت * * * يزار

بينه وبين الارض لباسه اى وهو لابسها اما اذا نزع وطرحه على الارض وجلس عليه لا يجنث لانه حينئذ لم يبق تبعاً له لان تبعيته باعتبار لبسها وبعد ما نزع صار هو بمنزلة البساط او الحصير والله تعالى اعلم بالصواب

باب — اليمين في الضرب والقتل وغيره
اى الغسل والكسوة

قوله لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن فان قيل يشكل هذا بقوله تعالى وخذ بيدك ضعفا فاضرب به لا تمنث فقد بر ايوب عليه السلام في يمينه بهذا الضرب وان لم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من حشيش او ريحان فلم يكن لسجموعه ايلام فكيف لاجزائه * قلنا جاز ان يكون هذا حكماً ثابتاً بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراماً له في حق امرأته تخفيفاً عليها لعدم جنابيتها بخلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث بانه حزمة من حشيش او ريحان * 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 اى برجل ناقص الخلف قد جنث بامة فقال خذوا عنكا لاني فيه مائة شراخ فاضربوه بها ضربة ويجب ان يصيب المضروب كل واحد من المائة اما اطرافها قائمة * واما اعراضها مبسوطة مع وجود صورة الضرب * وفي شرح الطحاوى ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضر بها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بجياله بر في يمينه والايلام شرط فيه لان القصد من الضرب الايلام

قوله ومن يعذب في القبر توضع فيه الحيوة ثم من كل وجه عند البعض ويقدر ما يتألم عند البعض * وقال بعضهم يؤمن باصل العذاب ويسكت عن الكيفية * وعن ابي الحسين الصالحى يعذب الميت من غير حيوة اذ الحيوة عنده ليست بشرط لثبوت العلم * وقيل بقوله في قول العامة احترازا عن قوله قوله وكذلك الكسوة يعنى لو قال ان كسوتك فعبدى حر قوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس اى من غير تملك ولو حلف لا يلبس فلانا فالبس به ما مات حنث لان الالباس هو الستر والميت يستمر كما يستمر الحي قوله وكذلك الكلام بان حلف لا يكلم فلانا او لا يدخل دار فلان لان المقصود من الكلام الافهام وذا بالاسماع وذا لا يتحقق بعد الموت * فان قيل روى ان قتلى بدر من المشركين لما القوا في القليب قام رسول الله عليه السلام على رأس القليب وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رضى الله عنه انكلم الميت يارسول الله فقال ما انتم باسمع من هؤلاء * قلنا هو غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث لعائشة رضى الله عنها قالت كذبتم على رسول الله عليه السلام قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما انت بمسمع من في القبور ثم لوصح ذلك كان ذلك معجزة لرسول الله عليه السلام * * * وقيل

يزار قبره لا هو (ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد مامات يمخت) لان الغسل هو الاسالة
 * ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت (ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث)
 لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام * وقيل لا يمخت في حال الملاعبة لانه يسمى مازحة لاضربا (ومن
 قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث) لانه عقد يمينه على حيوة يمختها
 الله تعالى فيه وهو متصور فينعتد ثم يمخت للعجز العادي (وان لم يعلم لا يمخت) لانه عقد يمينه على
 حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم
 هو الصحيح والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في تقاضى الدراهم

(ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون شهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر) لان
 ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا و لهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتكم منذ شهر
 (ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم) * * * * *

* وقيل المقصود بذلك وعظ الاحياء لا افهام الموتى ونظيره ما روى ان عليا رضى الله عنه كان اذا اتى
 المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين اما نساؤكم فقد نكمت واما اموالكم فقد قسمت واما دوركم
 فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الارض من شق انهارك وغرس اشجارك
 وجنى ثمارك فان لم تجبك حوارا اى مقالا اجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعد للاحياء لا على
 سبيل الخطاب للجمادات والموتى **قوله** يزار قبره لا هو لان من طاف بباب رجل لم يعد زائرا له
 ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائرا له فهنا اولى **قوله** ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت
 الا ترى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل بعد لا يجوز ولو كان غسلا يجوز صلوته **قوله**
 فمد شعرها او خنقها او عضها حنث قالوا هذا اذا كان اليمين بالعربية ولو كانت بالفارسية لا يمخت كذا
 ذكره التمرناشى رحمه الله وقال في الاصل او وجأها او قرصها * وقال الشافعى رحمه الله لا يمخت لان هذه
 الاشياء لا يسمى ضربا عادة **قوله** وقيل لا يمخت في حال الملاعبة اى وان الما لانه لم يتعارف هذا
 ضربا بل مما زحة كذا في الفوائد الظهيرية * وهذا يدل على انه لو ضربها باآلة في حالة الملاعبة لا يمخت
 ايضا لانه يسمى مازحة لاضربا * وفي التفاريق الضرب لا يقع على الرامى بحجر او غيره كذا ذكره التمرناشى
 رحمه الله **قوله** ثم يمخت للعجز العادي هو منسوب الى العادة اى لانه عاجز عادة لانه لا اعادة
 للحيوة قبل اليوم الموعود في العادة فيتحقق العجز عن اعادتها عادة **قوله** وليس في تلك المسئلة
 تفصيل العلم اى في مسئلة الكوز **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوى فقال فيه
 ولو كان يعلم ان الكوز لاماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذى في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق
 فانه يمخت بالاتفاق * وروى عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية اخرى انه لا يمخت علم اولم يعلم وهو
 قول زفر رحمه الله والصحيح ما ذكر في الكتاب كذا في الفوائد الظهيرية وقد تقدم الفرق بين مسئلة
 الكوز ومسئلة القتل والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في تقاضى الدراهم

قوله فهو اكثر من الشهر الحكم في شهر كذلك لكنه ذكر الاكثر في مقابلة ما دون الشهر * قوله

(وجد فلان بعضها زيونا او نهجرة او مستحقة لم يحنث الخالف) لان الزيادة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح فلا يرتفع برده البر المتحقق (وان وجدها رصاصة او ستوقه حنث) لانها ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم (وان باعه بها عبدا و قبضه بر في يمينه) لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به (وان وهبه له) يعنى الدين (لم يبر) لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين (ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه) * * * * *

قوله وجد فلان بعضها زيونا او نهجرة في المغرب زافت عليه دراهمه اى صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت ودرهم زيف وزائف ودرهم زيوف وزيف * وقيل هى دون النهرج في الرداءة لان الزيف ما يرد به بيت المال والنهرج ما يرد به التجار * وقياس مصدره الزيوف واما الزيادة فمن لغة الفقهاء * والمستوق بالفتح اداء من النهرج * وعن الكرخى رحمه الله المستوق عندهم ما كان الصفا او النحاس هو الغالب الاكثر فيه * وقيل هو تعريب سه نو وهو ان يكون داخله نحاسا وخارجه فضة قوله فلا يرتفع برده البر المتحقق جواب عما يقال لما رد المقبوض انتقض قبضه من الاصل فصار كان لم يكن فقال بلى انتقض القبض بعد الصحة لان المقبوض من جنس حقه فيظهر نقض القبض في حق حكم يقبل الانتقاض والبر لا يحتمل الانتقاض لان اليمين قد انحلت به * وفي الايضاح والقبض وان انتقض بالرد ولكن اليمين قد انحلت قبل الرد لوجود شرطه وهو قبض الحق فلا يثبت الحنث في اليمين المحللة لان الحنث يقتضى قيام اليمين ولم يبق اليمين قوله حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم لانه يكون استبدالا لا استيفاء وهذا ايضاح انه ليس من جنس الدراهم قوله وان باعه بها عبدا و قبضه 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 طريقه المقاصة * ووجه ذلك هو ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله اى مثل ما فى ذمته فيلتقيان قصاصا واذا ثبت ان طريق قضاء الدين ما قلنا وقعت المقاصة بين الدين وبين ثمن العبد فكان ثمن العبد قضاء لان ثمن العبد آخر الدينين وجوبا و آخر الدينين وجوبا قضاء لا ولهما وجوبا اذا القضاء يتلو الوجوب قوله وان وهبه له يعنى الدين لم يبر * وفى الكافي للعلامة النسفى رحمه الله وقوله فى الهداية لم يبر مشكل لانه يوهم انه يحنث وليس كذلك لان اليمين لما كانت موقفة باليوم فاذا وهبه له قبل مضى اليوم فقد عجز عن تحقق البر قبل مجئ وقت الحنث وهو آخر اليوم فيبطل اليمين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما لو قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فعبده حر فصب الماء قبل مضى اليوم فان اليمين تبطل عندهما والجواب ان قوله لم يبر ساكت عن الحنث فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنث ايضا لفوات المحلوف عليه وهو الدين وهذا لان قوله لم يبر اعم من قوله يحنث ومن قوله تبطل اليمين فيحمل على الثانى تصححا لكلامه ولو لم يتقيد باليوم يستقيم كما فى مسألة الكوز * وذكر فى الفوائد الظهيرية بخلاف ما اذا وهبها اذ ليس فيها قضاء ولا اقتضاء بل هى اسقاط * * * * * وابراء

لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنت الابه (فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاكل بينهما الابعمل الوزن لم يحنت وليس ذلك بتفريق) لانه قد يتعذر وزن الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه (ومن قال ان كان لى المائة درهم فامر أنه طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنت) لان المقصود منه عرفاننى ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناءها بجميع اجزائها (وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة) لان كل ذلك اداة الاستثناء والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * مسائل متفرقة

(واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا) لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفى (وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه) لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله وانما يحنت لوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بغوت محل الفعل (واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته) لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية * ومن

وابراء غير انه ان لم يبر لم يحنت ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه جهة في بطلان اليمين على ما عرف في مسئلة الكوز * وفي فوائد الحجازى رحمه الله * وقيل ذكر اليوم في وضع المسئلة وقع سهوا من الكاتب * وذكر فخر الاسلام على البزدوى والشيخ الامام شمس الائمة السرخسى والشيخ الامام ابو المعين النسفى رحمهم الله هذه المسئلة في كتبهم مطلقة غير موقفة باليوم فعلى هذا معنى قوله لا يبر يحنت لكن هذه نسبة الى السهو مع الوجه الصحيح وهو انه لا يبر لبطلان اليمين فلا يحنت قوله لان الشرط اى شرط الحنت قبض الكل لكنه بوصف التفرق يعنى ان شرط الحنت شيئان احدهما قبض الكل والثانى وصف التفرق فيه فاذا وجد احدهما دون الآخر لا يحنت ثم ههنا عند قبض البعض ان وجد التفرق لم يوجد قبض الجميع بعد فلا يحنت قوله ولان استثناء المائة استثناءها بجميع اجزائها فكل استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلهذا لا يحنت والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

مسائل متفرقة

قوله فعم الامتناع ضرورة عموم النفى لانه نفى الفعل مطلقا فيقتضى عدم الفعل في جميع العمر ضرورة عموم النفى ووجوده في جزء منه ينالى العدم في جميعه قوله فيبر باى فعل فعله اى مختارا او مكرها او ناسيا او بطريق التوكيل قوله بكل داعر * الداعر الحبيث المفسد ومصدره الدعارة وهى من قولهم عود داعر اى كثير الدخان كذا فى المغرب قوله وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجب الرفع بعد العزل لانه مفيد لاحتمال ان يوتى ثانيا فيؤدب الداعر ثم ان الحالف لو علم بدخول الداعر البلد ولم يعلم المستحلف حال قيام سلطنته لا يحنت بمجرد انه لم يعلم لانه جعل شرط الحنت ترك الاعلام وبالتأخير لا يتحقق الترك مادام سلطانا واما اذا لم يعلمه حتى مات المستحلف او عزل فحينئذ يحنت الحالف ولا ينفعه اعلام السلطان الذى جاء بعده لان يمينه انعقدت على اعلام الاول كذا فى الذخيرة * * * * * قوله

(ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه) خلافا لزفر رحمه الله فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله * ولنا انه عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين (ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث) لانه اسم ما لاساق له ولهما ساق (ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه) اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه * وقيل في عرفنا يقع على الورق (وان حلف على الورد فاليمين على الورق) لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله تعالى اعلم * * * * * كتاب

قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه اى قال وهبت منك هذا العبد ولم يقبل فقد بر في يمينه وكذا لو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه ولو يقبل حنث وقال زفر رحمه الله لم يحنث 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 ولانعلق له بالقبول وانما القبول لثبوت الملك والملك حكم الهبة وشرط الحنث نفس الهبة لاحكمها * وفي جامع بكر رحمه الله هذا كما لو حلف لا يقر له بشيء او لا يوصى ففعل ولم يقبل الاخر حنث * ثم اختلف اصحابنا رحمهم الله قال بعضهم الملك يثبت قبل القبول الا ان بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة * وقال بعضهم لا يثبت لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة والكتابة لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما وكذا كل عقد فيه بدل والصدقة والعطية والهدية والتخلي والعمرى والاعارة كالهبة * وفي الكفاية وكذا القرض * وعن ابي يوسف رحمه الله رواية اخرى ان قبول المستقرض شرط لان القرض في حكم المعاوضة **قوله** ومن حلف لا يشم ريحانا الخ * الريحان هو كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء الريحان ما لساقيه رائحة طيبة كما لو رقه كالأس * والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا في المغرب وفي عرف اهل العراق الريحان اسم لما لا قيام له على الساق من البقل مما له رائحة طيبة ويستنبت في كل عام كالضمير ان ونحوه * وفي المسوط ولو حلف لا يشم ريحانا فشم آسا وما اشبهه من الريا حين حنث وان شم الياسمين او الورد لا يحنث لانهما من جملة الاشجار والرياحين اسم للمليس له شجر الانزى ان الله تعالى قال والتجم والشجر يسجدان الى ان قال والحب ذو العصف والريحان فقد جعل الريحان غير الشجر فعرفنا ان ماله شجر ليس بريحان وان كانت له رائحة مستلذة **قوله** ولو حلف لا يشتري بنفسجا وفي المسوط اذا حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث عندنا ولم يحنث عند الشافعي رحمه الله 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 بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج ايضا * ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث * وذكر الكرخي رحمه الله 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 فبنى 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 العجاز والخبرى 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 فرجحنا العرف على الحقيقة لان مبنى الايمان على العرف والله تعالى اعلم بالصواب * كتاب

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب * وفي الشريعة هو العقوبة المقدره حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حداً لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصود الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر (قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار) والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر (فالبينة ان يشهد 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 ايت باربعة يشهدون على صدق مقاتلتك ولان في اشراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده * * * * * فاذا

كتاب الحدود

قوله وفي الشريعة هو العقوبة المقدره حقاً لله تعالى احترز بالمقدره عن التعزير وبقوله حقاً 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 ما اذا تكسب غداً 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 ابي حنيفة رحمه الله * ومنها ما هو يمنع النقصان دون الزيادة كمدة السفر قوله والمقصود الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد وهو اختلاط الانساب فالله 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 احتالية لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد اذ الحد يقام على كره منه فلا يكون محصلاً للثواب فلا يحصل به الطهارة فان تاب كان الحد طهارة له والا لا يكون طهارة بل يكون خزيًا ونكلاً كما قال الله تعالى في حد قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم قوله الزنا يمد ويقصر فالتقصير لاهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد * قال الفرزدق * ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخمر يصبغ مسكراً * الخمر المسكر بفتح الكاف من التسكير المخمور يخاطب به الرجل المكنى بابن حاضر والنسبة الى المقصور زنوى والى الممدود زناوى كذا في الصحاح قوله يثبت بالبينة والاقرار اى عند الامام وعلم القاضى ليس بحجة في الحدود باجماع الصحابة رض الله تعالى عنهم وان كان القياس يقتضى اعتباره لان عمله فوق البينة والاقرار قوله والاشاعة ضده اى ضد الستر فيكون مذموماً لقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة * قوله

(فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى) لان النبى عليه السلام استفسر ما عزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عنه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطى^٥ جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيا لا للدرء (فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالليل في السمكة وسأل القاضى عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكن بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادروا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ايحيفه رحمه الله وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى * قال في الاصل بحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجنابة وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى (قال والافرار

ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجلس المفركلما اقرده القاضى) فاشترط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد * واشترط الاربع مذهبنا * وعند الشافعى رحمه الله يكفي بالافرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة * ولنا حديث ما عارضه الله عنه فانه عليه السلام اقر بالاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى السر * * ولا بد

قوله فاذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو اما السؤال عن ماهية الزنا فللاحتراز عما لم يكن فعلهما على الحد الذى ذكر من تفسير الزنا فان من الناس من يعتقد في كل وطى^٥ انه زنى ولان الشرع سمي الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليد ان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك او يكذب والحد لا يجب الا بالجماع في الفرج * واما السؤال عن الكيفية فللاحتراز عن تماس 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 لايقام 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 للقاضى قوله وقالوا رأيناه وطئها هذا جواب عما هو وقوله كالليل في السمكة جواب كيف هو * ميل السمكة خشبتها التى يتكحل بها والسمكة بضمين وعاء الكحل والجمع مكاحل قوله بحبسه حتى يسأل عن الشهود * فان قيل الحبس ينافى الاحتيال للدرء فينبغى ان لا يشرع كاحذ الكفيل منه قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صارمتها بارنكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا قوله في اربعة مجالس من مجالس المفر * وقال ابن ابي ليلى يقام بالافرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد اعتبارا للاقرار بالشهادة بعلة انه احد حجتي الزنا قوله اعتبارا بسائر الحقوق يعنى في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك هنا قوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة لان زيادة طمانينة الغلب تحصل بزيادة العدد من الشهود ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد قوله ولنا حديث ما عر فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فطهرنى فاعرض عنه فحاء الى الجانب الاخر وقال مثل ذلك فلما قال في المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الآن اقررت اربعا فيمن زنيتم قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها * * * * * فابى

ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولأن لاتحاد المجلس اثر في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى نواري بميطان المدينة (قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد) لتتام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار * وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه (فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله) وقال الشافعي رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف * ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت) لقوله عليه السلام لما عز رضى الله عنه لعلك مستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى والله اعلم بالصواب * * * * * فصل

فابي الى ان اقر بصريح الزنا فقال ابك خبل ابك جنون وفي رواية بعث الى اهله هل ينكرون من عقله فقالوا لا فسأل عن احصائه فاخبر انه محصن فامر برجمه كذا في المبسوط * فان قيل انها اعرض النبي عليه السلام لانه استراب عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال ابك خبل ابك جنون * قلنا اما الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لادليل الجنون وانما قال رسول الله عليه السلام ابك خبل ابك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطى فيسقط الحد به عنه وكما قال للشارق اسرقت وما اخاله سرق والدليل عليه ما روى ان ابا بكر رضى الله عنه قال لما عز لما اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم ولانه لو كان لابلاء العذر لعلق الامر بثلث لا باربع كذا في الاسرار واعتباره بسائر المحقوق باطل فقد ظهر فيه من التغليظ مالم يظهر في سائر الاشياء من ذلك ان النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وشرط في احد المجتئين من العدد ما لم يشترط في سائرهما وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار الاقرار كذا في المبسوط قوله ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا اراد به قوله الى ان يتم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فعنده اي فعند اتحاد المجالس 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 ابك خبل ابك جنون كما مر من لفظ الحديث * وفي الايضاح وينبغي للامام ان يمزجه عن الاقرار ويظهر الكراهة له ويأمر بتحيته لما روى عن النبي عليه السلام انه طرد ماعزا * وعن عمر رضى الله عنه انه قال اطردوا المعترفين يعني في الزنا قوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذلك لا يبطل الاقرار بانكاره لانها حجتان فيه فيعتبر احدهما بالآخر * قلنا ان انكار المشهود عليه شرط صحة قبول البينة وشرط صحة الشيء لا يكون مبطلاله قوله ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع اي ليس احد يكذبه فيه فيتعارض كلامه الاقرار والرجوع وكلوا احد منهما محتمل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة فيسقط الحد لوجود الشبهة بهذا الطريق قوله وهذا قريب

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 وزنى بعد الاحصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله عنهم قال (ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدىء الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) وكذا روى عن على رضى الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدائه احتيال للدرء * وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لانتشرط بدائه اعتبارا بالجلد * قلنا كل واحد لا يحسن الجلد فر بما 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 على رضى الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا (ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام في ما عزر رضى الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بهوتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعدما رجمت (وان لم يكن محصنا وكان حرا نحده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه اتسخ في حق المحصن فبقى في حق غيره معمولا به * * * * *

من الاول اى قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها او قبلتها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع لما ان في كل واحد منهما لو قال نعم يسقط الحد والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في كيفية الحد واقامته

قوله في الحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحمل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وهو حديث معروف قوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم اى على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا * الرجم من مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة الاعلى قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم يكن في ميز التواتر قوله وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية احترازه عما روى عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه 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 فضرب الحد لم يرمم المشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه * وروى انهم اذا امتنعوا او غابوا رجم الامام ثم الناس كذا في النخبة فاذا كان الشهود مقطوع اليدين في الاصل لا يمتنع 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 ذارحم محرم من المرجوم فانه لا يستحب ان يتعمد قتله * وقد روى عن حنظلة بن ابي عامر رضى الله عنه انه استأذن رسول الله عليه السلام في قتل ابيه وكان هو كافرا فمنعه عن ذلك وقال دعه يكفك غيرك ولانه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة * الغامدية امرأة من غامد من الازد * والجلدة ضرب الجلد ومنه جلدة الجلاد * * * * *

(قال يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا) لان عليا رضى الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرة والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجاز (وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الازار لان عليا رضى الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه (ويفرق الضرب على اعضائه) لان الجمع في عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف (قال الرأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام للذى امره بضرب الحد اتف الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع الحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا * وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه يضرب الرأس ايضا ثم رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضى الله تعالى عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطاننا * قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ونقل 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 ابغ فيه * ثم قوله غير ممدود فقد قيل المدان يلقى على وجه الارض ويمد كما يفعل في زماننا * وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه * وقيل ان يمد بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق (وان كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقضا للعقوبة لان الجنابة عند توافر النعم انمى فيكون ادعى الى التغليب (والرجل والمرأة في ذلك سواء) لان النصوص تشملهما (غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو) لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان * * * * * وتضرب

قوله بسوط لا ثمرة له * ثمرة السوط مستعارة من واحدة ثمرة الشجرة وهى عذبتة وذنبه طرفه * وفي المجمع والصحاح ثمرة السوط عقد اطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوطا لانه له معنى العقدة والاول اصح لما ذكر الطحاوى رحمه الله ان عليا رضى 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 للقاضى ان يأمر الجلال ان لا يضرب بسوطا له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين والمشهور في الكتب لا ثمرة له اى لا عقدة عليه قوله بين المبرح برحاء الحمى وغيرها شدة الذى يقول برح به الامير تبريحا وضربه ضربا مبرها كذا في الصحاح قوله ويفرق الضرب على اعضائه ذكر في المبسوط ويعطى كل عضو حظ من الضرب لانه قد نال اللذة في كل عضو قوله والمذاكير هى جمع الذكر الذى هو العضو على خلاف القياس كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذى هو الفحل وبين الذكر الذى هو العضو * ثم انه ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم لشابت مفارق رأسه كذا في الصحاح والمغرب * وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه في ضرب الحد يتقى الفرج والبطن والوجه والصدر ذكره في الذخيرة قوله قال ابو يوسف رحمه الله يضرب الرأس ايضا * وفي الايضاح يضرب الرأس لان ضربه سوطا وسوطين لا يخشى منه الفساد قوله وان كان عبدا جلد خمسين لقوله تعالى فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب * والمراد به الجلد لان الرجم لا ينتصف والاية نزلت في الاماء والحكم في العبيد كذلك بدلالة النص * * * * * وانما

(وتضرب جالسة) لما روينا ولانه استر لها (وان حفر لها في الرجم جاز) لانه عليه الصلوة والسلام حفر للغامرية 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 ما حفر لما عزر رضى الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير فى الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده الاباخذن الامام) * وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه مالا 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 فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه * قال

وانما خص بالذكر لغلبة اسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه دون العبيد واليه الاشارة فى تقديم الزانية على الزانى بخلاف السارق والسارقة **قوله** وتضرب جالسة لما روينا اى من حديث على رضى الله عنه والنساء قعودا * **الثنودة** بفتح الاول والواو او الضم والهمزة مكان الواو والدال فى الحالين مضمومة ثدى الرجل او لحم الثديين كذا فى المغرب * الهمدانية بسكون الميم **قوله** ما حفر لما عزر رضى الله عنه ولا ربط ولا امساك بل كان مطلقا حتى هرب من ارض قليلة الحجارة الى ارض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير مشروع الا ان يعجزهم فحينئذ يربط ويشد **قوله** وقال الشافعى رحمه الله له ان يقيمه اى الحد الذى هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه او اقربين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفى حد الغنف والقصاص له وجهان وهذا اذا كان المولى من يملك اقامة الحد بولاية الامامة ان كان اماما فان مكاتب او ذميا او امرأة فليس له ولاية اقامة الحد على مملوكه لقوله عليه السلام اقيموا الحدود على ماملكت ايمانكم وقال اذا زنت امة احدكم فليجلدها وفى رواية فليجلدها ولان له ولاية مطلقة عليه فيملك اقامة ما وجب عليه كالامام بل اولى لان ولايته عليه اقوى من ولاية الامام حتى ملك فيه تصرفات لا يملكها الامام الا ترى ان المولى هو الذى تزوج دون الولى بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا يتزوج 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 موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاية الحدود والصدقات والجمعات والفقى ولان الحد حق الله تعالى اذ الغرض منه اخلاء العالم عن الفساد فتكون الولاية مستحقة بالنيابة عن الله تعالى والامام هو المتعين فى نيابة الله تعالى او نائبه فاما الولى فولايته بالملك فلا يصلح نائبا عن الله تعالى بخلاف التعزير لانه من حقوق الملك والمقصود به التثقيف والتأديب وذاسبب زيادة مالىته فبرجع نفعه اليه فكان حقاله فيكون بسبب منه الا ترى انه يعزر من لا يخاطب بحقوق الشرع كالصبيان وهو كالرياضة والتأديب فى الدواب فانه حقوق الملك ولهذا كان المولى مقدا على الامام وانما تثبت الولاية له بسبب الملك كالتزويج ولل امام ولاية اقامة الحد شاء المولى او ابى دل انه لا تثبت له ولاية اقامته بسبب الملك وكيف تثبت به وهو غير مملوك له من ذلك الوجه لان الحدود انما تجب باعتبار معنى الادمية دون المالية اذ الحد لا يجب على المال بحال والعبد باعتبارها مبقى على اصل الحرية حتى يصح اقراره بالحدود ولا يصح اقرار سيده عليه بها فكان سيده فيها كسائر الاجانب كما فى طلاق زوجته * وقوله اقيموا الحدود خطاب للائمة كقوله تعالى فاجلدوا فاقطعوا * وفاؤة تخصيص المالك ان لا يحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم او المراد التسبب * * * * * والمرافعة

(قال واحصان الرجم ان يكون حرا 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 تكررها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند اجتماعها فينباط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطى الحلال والاصابة شيع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكده اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجراً عن الزنا والجنابة بعد توفر الزواجر اغلظ * والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في اشتراط الاسلام * وكذا ابو يوسف رحمه الله في رواية * لهما ما روى ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا * قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ * يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل * وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمتكوهة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصناً وكذا اذا كان الزوج موصوفاً باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقله رغبتها فيه وفي المملوكة حذراً عن رق الولد ولا ائتناف مع الاختلاف في الدين * وابو يوسف رحمه الله يخالفهما في الكافرة * والحجة

والمرافعة الى الامام وقد يضاف الشيء الى المباشر تارة والى المسبب اخرى والظاهر هذا لانه خاطب كل الموالى بذلك وكل الموالى لا يملكون المباشرة بالاجماع **قوله** واحصان الرجم وانما قيد بالرجم احترازاً عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجي * ان شاء الله تعالى * وفي المبسوط وللاحصان الذي 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 اهلاً للالتزام 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 الاذى من الحرية لا يتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح فكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم افحش العقوبات فيستدعى اغلظ الجنابات والجنابة في الاقدام على الزنا بعد اصابة الحلال تكون اغلظ ولهذا لا تشتط 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 يشترط * فاجاب بان الشرع لم يرد به **قوله** والاصابة شيع بالوطى الحلال يعنى الاصابة بطريق الحلال يحصل الشيع **قوله** وكذا اذا كان الزوج موصوفاً باحدى هذه الصفات وهي الكفر والمملوكية والمجنون والصبأى لا تكون المرأة محصنة وان كان النكاح والدخول موجودين كما لا يكون الرجل محصناً اذا كانت المرأة موصوفة باحدى هذه الصفات عند الدخول * * * فان

والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرامة ولا الحرمة العبد (قال ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) لانه عليه الصلوة والسلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) والشافعي رحمه الله يجمع بينهما احدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلته المعارف * ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الغاء اولى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحباب من العشيبة ثم فيه قطع مواد البقاء فر بما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول على رضى الله تعالى عنه كفى بالنفى فتنه والحديث منسوخ كشطه وهو قوله عليه الصلوة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه * قال

* 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 اختلاف مع الاختلاف في الدين قوله لقلته المعارف اى لقلته من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والمحبيبات لما ان الزنا انما ينشأ من الصبحة والموانسة والتغريب قاطع لهذا قوله رجوعا الى حرف الغاء لانه يقتضى ان يكون جزاء الجزاء انما يكون كافيا لانه من جزء بالهمز اى كفى اولى كونه كل المذكور فيكون كل المراد اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو اوجبنا معه التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا * ثم قوله فيه قطع مواد البقاء فانها اذا تباعدت عن الامل والوطن اخرجها انقطاع مادة المعاش عنها الى التنكيب بالزنا وفيه قطع مادة البقاء بتضييع الماء وعلوق ولد لا يقوم احد يربيه وهذا اقوى مما قاله لان ما ينشأ من الصبحة والموانسة يكون مكتوما وما ينشأ من الوقاحة وخلاعة العذار يكون مشهورا وهو افحش قوله وهذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم لشهادة قول على رضى الله عنه بصحة ما قلنا قوله الحديث منسوخ كشطه وهو الجمع بين الجلد والرجم وليس هذا اثبات النسخ بالقياس فانه لا يجوز ولكن انتساخ احد شطريه دليل بعدمه على آية الجلد فتسخ الحديث بشطريه باية الجلد ثم انتسخت قضية الآية في حق المسلم المحصن بحديث ما عز فاستقرت الشريعة قوله وقد عرف طريقه في موضعه وهو ما ذكر في حديث العرنبيين فان قوله عليه السلام استنزهاوا البول يعارضه امره عليه الصلوة والسلام للعرنيين بشرب ابوال ابل رجعنا الى التأريخ وقلنا قد قام دليل سبق حديث العرنبيين وهو انه تعلق به شيثان المثلة واباحة شرب البول ثم المثلة لما ثبت انها كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت فثبت ان اباحة الشرب صارت منسوخة بقوله استنزهاوا البول لانها شرط حديث العرنبيين فكذلك ههنا قد قام الدليل على تقدم الحديث على قوله تعالى الزانية والزاني الآية وذلك ان حكم الزنا كان في ابتداء الاسلام المحبس في البيوت والايداء باللسان بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت وبتولته تعالى فاذهوما 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 يقال عليه السلام خذوا عنى الله فلما قال خذوا عنى علم ان قوله الزانية والزاني لم يكن نزل ثم نسخ * بقوله

(قال الا ان يرى في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة) لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأى فيه الى الامام وعليه يحمل النفى المروى عن بعض الصحابة رضى الله عنهم (واذا زنى المريض وهده الرجم رجم) لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضى الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (واذا زنت الحامل لم تحم حتى تضع حملها) كيلا يؤدى الى هلاك الولد وهونفس محترمة (وان كان حدها الجلد لم يجلد حتى تتعالى من نفاسها) اى ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل * وعن ايحنيقة رحمه الله انه يؤخر الى ان يستغنى ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روى انه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعى حتى يستغنى ولدك ثم الجبلى تجلس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الجبس والله تعالى اعلم بالصواب



باب — الوطى الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه



(قال الوطىء الموجب للحد هو الزنا) وانه في عرف الشرع واللسان وطىء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمه على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه الصلوة والسلام ادرء الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل * وتسمى

بقوله الزانية والزانى الآية فاذا ثبت نسخ شطر الحديث وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب الحديث بقوله الزانية والزانى فكذلك الشطر الثانى قوله فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لاحد فلا يختص بالزنا بل يجوز في كل جنسية والرأى فيه الى الامام الا ترى ان النبى عليه السلام نفى هيت المخنث ونفى عمر رضى الله تعالى عنه نضربن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفى ولكن فعل ذلك للمصاحبة فانه قال ما ذنبى يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب على حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وتعريب النبى عليه السلام والصحابة ما كان بطريق الحد بل بطريق السياسة الا ترى ان عمر رضى الله تعالى عنه ترك ذاك فانه نفى زانيا فارتد فالحق بالروم فحلف ان لا ينفى احدا بعد ذلك فلو كان مشروعا لما حلف ان لا يقيمه قوله وقد روى انه عليه السلام قال للغامدية ارجعى حتى يستغنى ولدك فقالت انى اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله عليه السلام بوجوب الحد ان الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب كذا في مبسوط فخر الاسلام رحمه الله والله اعلم بالصواب



باب — الوطىء الذى يوجب الحد



قوله وطىء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك * فان قيل المرأة تحم حد الزنا ولا يصدق الحد على فعلها وانه زنى بدليل اقامة الحد عليها وكذا يحد قاذفها * قلنا ذلك داخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا فلما تحقق المحذور بتمكينها ثبت في حقها ايضا فلذلك اضيف اليها ووجب الحد عليها ايضا تبعا للرجل دل عليه انه اذا امتنع في حق الرجل بان مكنت البالغة العاقلة صبيا او مجنوننا لا يجيب عليها الحد ايضا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله لعدم التمكين من فعله زنا لان فعل * الصبي

وتسمى شبهة اشتباه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى نتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا يد من الظن لتتحقق الاشتباه والثانية نتحقق بقيام الدليل الناقى للحرمه فى ذاته ولا يتوقف على ظن الجانى واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت فى الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه لان الفعل تحمض زنا فى الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض فى الثانية فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهى فى العدة وباقنا بالطلاق على مال وهى فى العدة وام ولد اعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى فى حق العبد والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود فى هذه المواضع لاحد اذا قال ظننت انها تحلى ولو قال علمت انها على حرام وجب الحد * والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا باقنا بالكنايات والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم والمهورة فى حق الزوج قبل القبض والمشاركة بينه وبين غيره والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن * فى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها على حرام * ثم الشبهة عند ابيحنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقرين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتى ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال (ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها فى العدة وقال علمت انها على حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع * * * * *

الصبي والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يتحقق الزنا بتكثيرها فلم يجب عليها والبالغ العاقل اذا زنى بصبيبة او مجنونة حد دونها لتتحقق الزنا من الرجل ولا حد عليها وان مكنت من الزنا لانها غير مخاطبة قوله وتسمى شبهة اشتباه اى هى شبهة فى حق من اشتبه عليه وليست بشبهة فى حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت انها على حرام حد قوله وتسمى شبهة حكمية اى ناشية عن دليل الشرع قوله لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية زوجته تحل له بناء على ان الوطى نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطى قوله والثانية نتحقق اى يكون شبهة فى حق الكل قوله لاطلاق الحديث وهو قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات قوله جارية ابيه وكذا جارية جده وان علا قوله والمطلقة ثلثا وهى فى العدة لان بعض احكام النكاح قائم بعد الطلاق الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب لوجاءت بولد الى سنتين * فان قيل بين الناس اختلاف ان من طلق امرأته ثلثا هل يقع ام لا فينبغى ان يصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد * قلنا هذا خلاف غير معتد به حتى لا يسع للقاضى ان يقضى به ولو قضى لا ينفذ ارايت لو وطئها بعد العدة اكننا نسقط الحد عنه بقول من يقول لا يقع قوله وباقنا بالطلاق على مال وانما قيد البينونة بالمال لان البينونة اذا حصلت بدون المال فوطئها فى العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها على حرام قوله والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى 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 يفد ملك المتعة مجال لم يورث قيام الاجارة فى المحل شبهة حكمية فعلى هذا كل من ينبغى ان يجب عليه الحد اشتبه اولم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة الا انه لا يجب عليه الحد اذا اشتبه عليه لانه اشتبه عليه ما يشتبهه لان ملك * * * * * المال

ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف (ولو قال ظننت انها تحل لى لا يحرم) لان الظن فى موضعه لان اثر الملك قائم فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاهما والمختاهة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار فى العدة

(ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاخترت نفسها ثم وطئها فى العدة وقال علمت انها على حرام لم يحرم) 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 جارياً ولده ولده وولد ولده وان قال علمت انها على حرام) لان الشبهة حكيمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لايبك والابوة قائمة فى حق الحد (قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطئ جارياً 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 جارياً مولا) لان بين هؤلاء انبساطا فى الانتفاع فظنه فى الاستمتاع محتمل فكانت شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحرم قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لى * * * * *

المال فى الجملة سبب لملك المتعوان لم يكن سببا فى الرهن وقد انعقد له سبب الملك فى حق المال فيشتبه عليه انه هل يثبت بهذا القدر ملك المتعة بخلاف الاجارة لان الثابت بالاجارة ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه * ووجه رواية كتاب الرهن انه اذا وطئ جارياً انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه اولم يشتبه قياسا على مال الوطئ امة 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 فى الحال ويأخذ حقيقة الملك وقت الهلاك * والجواب عن هذا ان البيع بخيار الشرط انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب ملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له سبب ملك المتعة بحال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة كذا فى الذخيرة * وذكر فى الايضاح واما المرهونة اذا وطئها المرتهن وقال ظننت انها تحل لى فقد ذكر فى كتاب الرهن انه لا يجب عليه الحد وذكر فى كتاب الحدود انه يحرم ولا يعتبر ظنه لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطئ حاصل فى محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالغريم اذا وطئ جارياً الميت قوله ولا يعتبر قول المخالف فيه وهو قول الروافض فعند الزيدية بايقاع الثلث جملة تقع واحدة رجعية وعند الامامية لا يقع شئ ويرى عمومون انه قول على رضى الله عنه فينبغى ان يصير ذلك شبهة فى المحل كقول عمر رضى الله عنه فى الكنايات الا انه قول مهجور مخالف لقول الجمهور فلا يؤثر فى ابراث الشبهة فى المحل فقد صح عن على رضى الله عنه انه يقع الثلث جملة فيكون ذلك خلافا لا اختلافا اى قولاً بلا دليل لاختلافا ناشيا عن دليل فلا يعتبر قوله 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 معه فى قوله امرك بيدك فى انه تقع واحدة رجعية اذا نوى ثلثا قوله وولد ولده اى وان كان ولده حياً * وفى خزانه الفقيه ابى الليث رحمه الله اذا زنى بجارية نافلته والاب فى الاحياء وقال علمت انها على حرام لا يحرم ويثبت النسب قوله والابوة قائمة فى حق الحد فى الكفى والجد كالأب لان الشبهة نشأت من جهة الابوة وهى قائمة لكن لا يثبت نسبه عند قيام الأب هذا بخلاف ما ذكر فى الخزانه * * * قوله

والفعل لم يدع فى الظاهر لان الفعل واحد (وان وطى جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحمل لى حد) لانه لا انبساط فى المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لاهد 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 الروهلة فصار كالغرور ولا يحذ قاذفه الا فى رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الملك منعهم 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 اعشى لانه يمكن التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله) لكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك * وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فياغوكما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهى من المحرمات * ولاى حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانشى من بنات آدم قابلة للترالد وهو المفصود وكان ينبغى ان ينعقد فى جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبهه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر * * * * *

قوله والفعل لم يدع فى الظاهر اى فى ظاهر الرواية * وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الجارية ان ادعت الحل ولم يدع الفعل حد لان المرأة تابعة فى فعل الزنا فالشبهة المتمكنة فى جانب التبع لا تعتبر فى جانب الاصل بجلاى ما اذا ادعى الرجل الظن لانه اصل فى الفعل * فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبيبة حيث يجب الحد على البالغ دون الصبيبة مع ان الفعل هناك ايضا واحد * قلنا نعم كذلك الا ان سقوط الحد عن الصبيبة باعتبار عدم الاهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة فلذلك اختص عدم الوجوب هناك بالصبيبة واما هنا عدم الوجوب على الجارية باعتبار الشبهة والشبهة اذا تمكنت فى فعل واحد من احد الجانبين يؤثر فى الجانب الاخر لاجل قوله وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا اى لا انبساط فى المال فلم يكن الظن مستندا الى دليل * فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعنى اذا سرق من مال اخيه واخته لا يقطع * قلنا لان بعضهم هناك يدخل بيت البعض من غير استئذان وحشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز واما ههنا فالحد دائر مع الملك او العقد ولم يوجد الحل ولا شبهة فيجب الحد قوله ومن زفت اليه غير امرأته والمزفوفة وان كالت الشبهة فيها شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته الا ان الشارع انزل الاخبار بالملك كالتحقق دفعا لضرر الغرور * ولهذا قلنا بثبوت نسبه كمن اشترى جارية ووطئها ثم استحققت فانه يعتبر الملك كالثابت فى المحل لدفع ضرر الغرور كذا هنا قوله ولا يحذ قاذفه الا فى رواية عن ابي يوسف رحمه الله فان احصانه لا يسقط عنه لانه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الرطى حلالا له فى الظاهر فلا يسقط احصانه * ولكننا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر انها بقى اعتبار الظاهر فى ايراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد كذا فى البسوط قوله وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم اى لا يصلح مجرد النوم على فراشه دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد قوله فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك ولولم يقل انا زوجتك لكن اجابته بالفعل يحذ كذا فى الايضاح قوله وقال ابو يوسف * * * * * ومحمد

(ومن وطىء اجنبية فيما دون الفرج يعزر) لانه منكر ليس فيه شىء مقدر (ومن اتى امرأة في الموضع

المكروه او عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالوا هو كالزنا) فيحد وهو احد قولى الشافعى رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل * ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتبه على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء * وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاءة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعى من احد الجانبين والداعى الى الزنا من الجانبين * * وما

ومحمد والشافعى رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك اى عالما بالحرمة وان قال ظننت انها تحل لى لا يحد عندهما ايضا **قوله** ومن وطىء اجنبية فيما دون الفرج كالتفخيذ والتبطين **قوله** ومن اتى امرأة في الموضع المكروه فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه * وفي روضة الامام الزندوبسى رحمه الله الخلاف في الغلام اما لو وطىء امرأة في الموضع المكروه منها يحد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات * ولو فعل هذا بعبد او امته او منكوحته لا يحد بلا خلاف **قوله** وقالوا هو كالزنا فيحد اى يرجمان ان كانا محصنين ويجلدان ان كانا غير محصنين **قوله** لهما انه في معنى الزنا اى في المعنى الذى تعلق به الحد من كل وجه فيحد دلالة وهذا لان الحد انما وجب ثمة لانه قضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتبه على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما وهى مثله في هذا بل ازيد فسفح الماء هنا ابلغ لانه يتوهم ان يكون ذلك حرثا للولد يعبد ربه ولا يتوهم ههنا فكان تضييع الماء هنا ابين والمحل انما يصير مشتبه طبعاً بالحرارة واللين وانه مثل القبل في هذا وتمحض الحرمة هنا ابين لان تلك الحرمة تنكشف بكاشف كالنكاح والشرء ولا كذلك هنا * وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم في موجبه * فعن الصديق رضى الله عنه يجرقان بالنار * وعن على رضى الله عنه يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين * وعن ابن عباس رضى الله عنه ينكسان من اعلى المواضع ويتبعان بالحجارة * وعن ابن الزبير رضى الله عنه يجلسان في اتنين المواضع حتى يموتا نتنا * وعن بعضهم يهدم 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 لانها قصرت عنه في المعانى الداعية الى شرع الحد فلا يوجب الحد وهذا لان الحدود شرعت للزجر فلا بد من وجود الداعى طبعاً ليعتده على الفعل فيشرع الحد زجراً الا ترى ان الحد شرع في شرب الخمر دون البول وان استويا حرمة لتباينهما داعياً فالرغبة في الزنا من الجانبين فيكثر وقوعه فيستدعى شرع الزاجر والرغبة هنامن جانب الفاعل فاما صاحبه ينبوع هذا الفعل على ما عليه الجبلة السليمة فيندرو فوعها فلا يستدعى شرع الزاجر وفي الزنا افساد الفراش واهلاك الولد لان ولد الزنا هالك حكما لعنم من يربيه دونها فتقاصرت عنه في المعانى الداعية الى شرع الزاجر فلا يلحق به خصوصاً فيما يدرأ بالشبهات ولا يجوز جبر هذا القصور بزيادة الحرمة لان ذا يكرن قياساً ولا مدخل له في الحدود * فان قيل انما وجب حد الزنا بها لانها زنا ففي الحديث اذا اتى الرجل فهما زانبان ولانه فاحشة وهى فاحشة ايضا **لقوله تعالى** ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة **وقوله تعالى** ان انثون الفاحشة فكانت زنا * قلنا هى ليست بزنا حقيقة * * لانه

وما رواه محمود على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه (ومن وطى بهيمة فلا حد عليه) لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جنائى وفى وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه * والذى يروى انه تذييع البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب (ومن زنى فى دار الحرب او فى دار البغى ثم خرج اليها لا يقيم عليه الحد) وعند الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه * ولنا قوله عليه السلام لانقاص الحدود فى دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعزى الوجوب عن الفائدة ولانقاص ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة * ولو غزا من له ولاية الائمة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الائمة (واذا دخل حربى دارنا بامان فزنى بذميمة او زنى ذمى بجريئة يحد الذمى والذميمة عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد الحربى والحربية وهو قول محمد رحمه الله فى الذمى) يعنى اذا زنى بجريئة فاما اذا زنى الحربى بذميمة لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولاً (وقال ابو يوسف رحمه الله * * * * * يحدون

لانه ينفى عنه هذا الاسم فيقال لاط وما زنى وانفقت الصحابة رضى الله عنهم انها ليست بزنا لانهم عرفوا نص الزنا واختلفوا فى موجبها **قوله** وما رواه اى الشافعى رحمه الله محمود على السياسة لانه امر بالقتل المطلق وذا يكون سياسة او على المستحل فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك **قوله** لانه يعزر عنده لما بيناه وابو حنيفة رحمه الله يوجب التعزير عينا لانه ارتكب محظورا وانه ليس بزنا عنده فيجب التعزير عينا وللإمام ان يقتله اذا اعتاد الفاعل او المفعول به ذلك **قوله** ولهذا لا يجب ستره اى ستر فرج البهيمة وذكر البهيمة بمنزلة ذكره ولهذا اضر ولو كان فى الطبع داع اليه لوجب ستر ذلك الموضع كالقبل والذمى **قوله** لانه يعزر لما بيناه اشارة الى قوله ارتكب جريمة ليس فيها حد مقدر فيعزر **قوله** والذى يروى انه تذييع البهيمة روى عن على بن ابي طالب رضى الله عنه انه اتى برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واهرقت بالنار وهذا ليس بواجب عندنا * وتأويله انه فعل كذلك كيلا يعير الرجل بها اذا كانت البهيمة باقية كذا فى المبسوط * ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل تذييع ثم تحرق لما روى عن على رضى الله عنه ولا تحرق قبل التذييع وضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله وان كانت مما يؤكل تذييع فتؤكل عند ابي حنيفة رحمه الله ولا تحرق بالنار وعند ابي يوسف رحمه الله يحرق ويضمن ان كانت لغيره **قوله** ثم خرج اليها واقر عند الامام

قوله ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لانقاص الحدود فى دار الحرب اى لا يجب لانه بعث لبيان الشرائع للبيان الحقايق ولان كل واحد يعرف انه لا يمكن اقامة الحدود فى دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد من عدم الائمة عدم وجوب الحد * فان قبل هذا الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل * قلنا خص موضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بنجر الواحد **قوله** واذا دخل حربى دارنا بامان فزنى بذميمة او زنى ذمى بجريئة الخ * الخلاف هنا فى موضعين * احدهما ان الحربى المستأمن او الحربى المستأمنة اذا زنى لم يحد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله حدا والثانى ان تمكين المسلمة او الذميمة من المستأمن يوجب الحد عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يوجب اما الكلام فى الاول فالاصل عند ابي يوسف رحمه الله ان كل الحدود تنقاص على المستأمن والمستأمنة فى دارنا الا حد الشرب وعندهما لانقاص * * * * * على

يحدون كلهم) وهو قوله الآخر لابي يوسف رحمه الله ان المستأمن 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 ابايته * ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصرم من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به فانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنى فحمض الشرع * ولمحمد رحمه الله وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التابع اما الامتناع في حق التابع لا يوجب الامتناع في حق الاصل * نظيره اذا زانى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبى والمجنون * ولا يحنيفة رحمه الله فيه ان فعل المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع * * * * *

على المستأمن شىء من الحدود الاحد القذف لان الاقامة تبتنى على الولاية والولاية تبتنى على الالتزام اذ لو الزمنا عليه حكما بلا التزامه لادى الى تنفره من دارنا وقد ندبنا الى معاملة يحمله 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 ينعتق فعل الرجل موجبا لم يجب عليها وان كان لامتناع منها وان كان فعله موجبا ولكن بطل الحد لمعنى لا يمنع وجوب الحد عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يمنع لان فعل الرجل اصل وفعل المرأة تبع لانه الفاعل وهن محل الفعل والحال في حكم الشروط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التابع لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد ومتى لم ينعتق فعله موجبا للحد فما مكنت من فعل موجب للحد فلا يحد واما الامتناع في حق التابع لا يوجب امتناعه في حق الاصل * نظيره زنى عاقل بالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ لكونه اصلا وزنى صبى او مجنون ببالغة عاقلة فانها لا تحمى لكونها تابعة * ولا يحنيفة رحمه الله ان فعل المستأمن زنا بدليل انه لو قذفه فاذى بعد الاسلام لا يلزمه الحد فصارت هى زانية بالتمكين من الزنا بخلاف الصبى والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لو قذفهما فاذى بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لانه مخاطب بالحرمان وان لم يخاطب باداء ما يحتمل السقوط من العبادات الا ترى ان الذمى يلزمه الحد ولا يجب قبل الخطاب فثبت ان الكفر لا يمنع من الخطاب بالحرمان وانما لم يرق عليه الحد لفق شرط الولاية وهو الالتزام لا للخلل في فعله فصار كانه زنى ثم غاب والمرأة تابعة في نفس الفعل دون حكم الفعل الا ترى ان الرجل اذا لم يكن محصنا والمرأة محصنة يجحد الرجل ويرجم المرأة ولا يصير ذلك شبهة في حقها بخلاف الصبى والمجنون لانهما لا يخاطبان فلم يكن فعلهما زنا قوله لانه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع اسم الحرمان يتناول المناهى نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله ولانأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان والصلوة والصوم فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلوة قال الله تعالى ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المسلمين الآية * قيل في التفسير من المسلمين المعتقدين فرضية الصلوة وقال تعالى وويل للمشركين الذين لا يعنون الزكوة اى يقرون بها وهذا معنى قولنا ان الخطاب يتناولهم فيما يرجع الى العقوبة في الآخرة فاما في وجوب * * * * * الاداء

على اصلها والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان * ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطوعة تحم المطوعة عنده وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لاتحد (واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طلوعته فلا حد عليه ولا عليها) وقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه (وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة بجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالاجماع * لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه وهذا لان كلاهما مؤاخذ بفعله * ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة مطوعة ومزانيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قببح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكفى عنه ووؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد (قال ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا يحد عليه) وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا لا يتصور من الرجل الا بعد انتشار الآلة وذلك آية الطواعية ثم رجع عنه فقال لاحد عليه لان الانتشار قد يكون طبعيا لاطرعا كما في النائم فاورث شبهة * * * * * وان اكرهه

الاداء فلا يعاقبون فى احكام الدنيا ومنه العرايين من مشايخنا ان الخطاب متناول لهم ايضا والاداء واجب عليهم فانهم لا يعاقبون على ترك الاداء اذا لم يكن الاداء واجبا عليهم فظاهر ما تلونا يدل على انهم يعاقبون فى الآخرة على الامتناع من الاداء فى الدنيا ولان الكفر رأس المعاصى فلا يصح سببا لاستحقاق التخفيف به ومعلوم ان سبب الوجوب منقرر فى حقهم وشرط وجوب الاداء التمكن منه وذلك غير منعدم فى حقهم وصلاحيته الزمة لثبوت الواجب فيها بسببه موجود فى حقهم فلوسقط الخطاب بالاداء كان ذلك تخفيفا والكفر لا يصح سببا لذلك * ولا معنى لقول من يقول ان التمكن من الاداء على هذه الصفة لا يتحقق حتى لو ادى لم يكن معتدا به لانه متمكن من الاداء بشرط ان يقدم الايمان والخطاب به ثابت فى حقه فهو نظير الجنب والمسكر يتمكن من اداء الصلوة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكنا من اداء الصلوة ويتوجه عليه الخطاب بادائها مع انعدام التمكن من الاداء باصراره على الكفر وهو جان فى ذلك فيجعل التمكن قائما حكما اذا كان انعدامه 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 فسبب الكفر اولى * ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات قوله على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا ان الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا وعند الشافعى رحمه الله مخاطبون بها بناء على ان الشرائع عنده 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 يكن المرأة مزانيا بها كالمضروب 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 يتخلفا بذلك لان الحرمة انما تثبت بالنهي ولا نهى فى حقهما تثبت فى حق المرأة شبهة الاباحة وان كان حراما والحد يدرأ بالشبهات وان كان الرجل بالغا عاقلا ففعله يكون زنا والمرأة وان كانت مجنونة او صبية يكون مزانيا 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 ابيحنيفة رحمه الله 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 بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لاحكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه (ومن اقر اربع مرات فى مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هى تزوجنى او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلاحد عليه وعليه المهر فى ذلك) لان دعوى النكاح تحتل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنائيتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب للملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع * ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجب فانهما يوجب في العين كما فى هبة المسروق لافى منافع البضع لانها استوفت والمالك يثبت مستندا فلا يظهر فى المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فذهب عينها تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنا لك يثبت فى الجثة العمياء وهى عين فاورث شبهة (قال وكل شئ صنع الامام الذى ليس فوقه امام فلا حد عليه الا الفصاص فانه يؤخذ به وبالاموال) لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره * * * * *

قوله وان اكرهه غير السلطان حد عند ابيحنيفة رحمه الله قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فللسلطان كان فى زمنه قوة وغلبة بحيث لا يتجاسر احد على اكراه غيره وفى زمانها ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيتحقق الاكراه من غير السلطان فاقتى كل منهم بما عاين وفى زماننا ظهرت القوة ايضا لكل متغلب فيفتى بقولهما قوله وعليه المهر فى ذلك * فان قيل ينبغي ان لا يوجب المهر فيما اذا اقرت المرأة بالزنا لانها تنفى وجوب المهر فكيف وجب لها المهر بزعمها انها زانية ولا عقربا لها قلنا اذا سقط الحد بدعوى النكاح من الرجل وجب العقر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى فى ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر فى المفوضة فاذا توهم النكاح وسقط الحد وجب العقر تعظيما لخطر المحل قوله لانه ضمان دم وهذا الان ضمان الدم انما يوجب من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال فلا يكون سببا للملك ولان القيمة انما تجب بعد تقرر الجنائية بعد الموت وبعد الموت لم يبق الميت قابلا للتملك ولو كان يوجب فانهما يوجب فى العين لافى منافع البضع لانها استوفت والمالك يثبت مستندا فلا يظهر فى المستوفى لكونها معدومة بخلاف ما اذا اذهب عينها بالزنا حيث تجب عليها قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنا لك ثبت فى الجثة العمياء وهى عين فاورث شبهة دارفة للحد اذ العين باقية فامكن ابقاء المنافع تبعاً لها بخلاف ما اذا هلكت فان الملك فى الجارية المقتولة ضرورى ليصير الضمان ضمان معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقق سبب الضمان فلا يظهر فى المنافع المستوفاة ولان فى الجارية المقتولة بالزنا وجد الموجب للملك فى الجارية وهو الضمان لا وجود للملك فيها حقيقة لعدم تصوره فلم يثبت فى الجارية المقتولة بذلك الا شبهة الملك وعند حقيقة الملك فى الجارية العمياء يثبت فى المنافع المستوفاة منها شهمة الملك فعند شبهة الملك فى نفس الجارية المقتولة تنزل الشبهة فى المنفعة الى شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها * قوله

ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولى الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف فالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب

باب — الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(واذا شهد الشهود بحس متفاد لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا فى حد القذف خاصة) وفى الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او شرب خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الحالصة حقا لله تعالى تبطل بالتفادم خلافا للشافعى رحمه الله تعالى هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذى هو احدى الحجتين * ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين من اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدم على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجهته او لعداوة حر كته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتميقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادى نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التفادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتفادم غير مانع فى حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم * * * * *

قوله ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد لان فائدة الاقامة الزجر والزجر باقامة الغير لا بفعل نفسه ولان اقامته بطريق الجزى والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه او يقول ان الشرع ما جعل من عليه تائبا عنه فانعدم المستوفى فقلنا بانه لا يجب قوله والقصاص والاموال منها اى من حقوق العباد فبهذا يعلم ان اشتراط قضاء القاضى فى القصاص لتمكين الرولى من استيفائه لانه شرط لا يجوز بدونه والله تعالى اعلم بالصواب

باب — الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قوله لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام هذا من صورة المسئلة لا من حكمها اى شهدوا بحس متفادم ولم يكونوا بعيدا عن الامام حتى لو كانوا بعيدا عن الامام فمنعهم عن اداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وان تقادم الزمان * وانما اعاد لفظ الجامع الصغير فى الكتاب لزيادة ايضاح فى لفظه وهى تعدد ما يوجب الحد صريحا بالسرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة لفظ الحين الذى استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة اشهر فى التفادم وزيادة اثبات الضمان فى السرقة * ثم ذكر فى المبسوط لم احد بشهادتهم المشهود عليه ولا احدهم ايضا اى حد القذف فى الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا قوله خلافا للشافعى رحمه الله هو يعتبر الشهادة فى الحدود بالاقرار فى ان التفادم لا يمنع فيه وزفر رحمه الله فيه يعتبر الاقرار بالشهادة فى ان التفادم يمنع من قبولها * وفى المبسوط وان اقر بزنا قديم اربع مرات اقيم عليه الحد عندنا * وقال زفر رحمه الله لا يقيم اعتبار الحجية الاقرار بحجة البينة فان الشهود كما ندبوا الى الستر فالمرتكب للفاحشة ايضا مندوب الى الستر على نفسه قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستره الله تعالى ولكما نستدل باخر الحديث حيث قال ومن ابدى لنا صفحته اقمنا عليه حد الله تعالى وهذا قد ابدى صفحته باقراره وان كان قد تقادم العهد والمعنى ما ذكر فى الكتاب قوله ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين اى بين اجر من مطلوبين له يقال احتسبت بكذا اجرا عند الله والاسم الحسبة بالكسر وهى الاجر والجمع الحسب كذا فى الصحاح قوله

وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأى القاضى في كل عصر * وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وهو الأصح وهذا اذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعد هم عن الامام فلا تتحقق التهمة * والتقدم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتى في بابه ان شاء الله تعالى (واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحرم وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهى شرط في السرقة دون الزنا وبالحدود يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم (وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحرم) لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر (وان اقر بذلك حد) لانه لا تخفى عليه امته او امرأته (وان شهد اثنتان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طووعته درى الحد عنهما جميعا عند ابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه) وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه (وقالوا يحرم الرجل خاصة) لانفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جنابة وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم تثبت لاختلافهم * وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدى الطوعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكروه يسقط احصانها فصارا خصمين

* * * * *

قوله وابو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأى القاضى في كل عصر لان نصب المقادير بالرأى لا يمكن وعن محمد رحمه الله انه قدره بالشهر * وهكذا روى عن ابى يوسف رحمه الله فقال احسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا لان الشهر وما فوقه آجل وما دونه عاجل اصله مسئلة اليمين اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا ففضاه فيما دون الشهر بر في يمينه قوله ولا معتبر بالموهوم لان الثابت عند الغيبة احتمال الدعوى وبجقيقة الدعوى تثبت لان دعواها تحتمل الصدق والكذب وبالاحتمال تثبت الشبهة وهى غير معتبرة اذ اعتبارها يؤدى الى سد باب الحد وهو مفتوح فما يؤدى الى انسداده يكن مردودا ولان اعتبار الشبهة بالحد يث بخلاف القياس ولا حديث في شبهة الشبهة * فان قيل العفو اذا كان بين شريكين واحدهما عائب لا يتمكن الحاضر من استيفائه لاحتمال العفو من الغائب قلنا العفو حقيقة المسقط فاحتماله يكون شبهة المسقط لاشبهة الشبهة قوله لانه لا تخفى عليه امته او امرأته * فان قيل قد تشبه عليه امرأته بان لم تزف اليه * قلنا الانسان كما لا يقدر على نفسه كاذبا لا يتر 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 كالنصوص عليه بدلالة حاله بخلاف الشاهد لانه جاز ان يشهد على الغير عند الاشتباه كما جاز ان يشهد على الغير كاذبا فيتم فيها فتبطل الشهادة قوله اختلف المشهود عليه اى المشهود به * وبيان اختلاف 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 هو محل العمل وكذا حكمه 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 قوله ولان شاهدى الطوعية صارا قاذفين لها بالزنا فكما خصمين في اثبات ذلك الزنا لدفع جنابة القذف عن انفسهما ولا شهادة للخصم وانما سقط

* * * * *

في ذلك (وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران 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 يحسد الشهود خلافا لزفر رحمه الله 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 لاختلاف المكان حقيقة * وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتها في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المؤخر ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده (وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالتخيلة عند طلوع الشمس) * * واربعة

حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم اقام شاهدين انها زنت وهى مكرهة سقط الحد عن القاذف لسقوط احصانها بهذه الشهادة واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب لحد وهذه شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحسان يثبت بشهادة الاحصان ولا يحسد الشهود للقذف لقيام اربعة شهر^١ على مسمى الزنا ففات شرطه قوله في ذلك اى في اقامة الشهادة على اثبات الزنا بطريق الاكراه قوله نظرا الى اتحاد الصورة اى صورة نسبة الزنا والمرأة اى واتحاد المرأة لان الكلام فيه فكانوا مثبتين زنا واحدا من هذا الوجه وهم اربعة وهى نصاب شهرد الزنا فكان كلامهم شهادة من هذا الوجه ولم يكن قذفا فلا يحسد حد القذف قوله معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية اى في غير الزاوية التى شهد بها الاثنان الاخران قوله وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن * ولا يقال بان هذا احتمال لوجوب الحد * لانا نقول هذا احتمال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن واذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد هذا اذا كان البيت صغيرا فاما اذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصريين 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 بها بزنا على حدة وفى ذلك لا يجب الحد على المشهود به * فان قيل الاختلاف في تلك المسئلة مسكوت عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فيجوز 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 اذا 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 فيصار الى التوفيق لاتحاد المشهود به وحكما اما المشهود به في مسئلة الاكراه فمختلف حقيقة وحكما على مامر فلا يصار الى التوفيق قوله بالتخيلة عند طلوع الشمس التخيلة تصغير النخلة التى هى واحدة النخل موضع قريب من الكوفة فالباء والجيم تصحيف يعنى بجيلة لانها اسم حى من اليمين * ودبرهند لا يساعد عليه لان دبرهند ايضا موضع قريب من الكوفة واما ضم الباء فتحريف اصلا كذا في المغرب * * * * * قوله

(واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بديرهند درى الحد عنهم جميعا) اما عنهما فلانا نيقنا بكذب احد الفريقين من غيرعين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق (وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهى بكر درى الحد عنهما وعنهم) لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة * ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلماذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم (وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودين في قذف او اهدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحسب المشهود عليه) لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء (وان شهدوا بذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا) لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضى بشهادته ينفذ عندنا فتثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلماذا يمتنع الحد ان وسأى فيه خلاف الشافعى رحمة الله تعالى عليه 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 اهدهم عبد 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 رحمه الله وقال ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رضى الله عنه معناه اذا كان جرهم وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون * لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذا احتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجرح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم * وصار

قوله واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بديرهند اى في يوم واحد قوله درى الحد عنهم اى عن المشهود عليهما وعنهم اى عن الشهود قوله والعبد ليس باهل للتحمل والاداء اى ليس باهل لتحمل يتعلق به حكم ولهذا لا ينعقد النكاح بحضرة عبيدين اما لو تحمل العبد الشهادة ثم عتق فادى تقبل شهادته قوله لان الزنا يثبت بالاداء اى يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلب شهادتهم قذفا لانهم نسبوها الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة * وذكر الامام قاضى خان رحمة الله تعالى عليه والكلام يمتنى على معرفة الشهود فنقول الشهود ثلثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية الاداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاغنى والمحدود في القذف قوله وعندهما يضمنون اى ارش الجراحة ان لم يموت والدية ان مات قوله فيضمنون بالرجوع لانه ظهر كذبهم في شهادتهم فاما اذا وجدوا او اهدهم عبدا او كافرا او محدودا في قذف فلا يمكن ايجاب الضمان على الشاهد لانه لم تبين كذبه لان العبد والكافر والمحدود في القذف قد يكونون عدولا في قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت بشهادتهم والشهادة انما يثبت بقضاء القاضى الا انه لا يمكن ايجاب الضمان على القاضى ايضا لانه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به * * على

وصار كالرجم والقصاص * ولا يخيفه رحمة الله تعالى عليه ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا للمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة (وان شهور اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحس) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها (فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحس ايضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه يرد شدة الفرع في عين هذه الحادثة اذ هم قائلون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحس الشهود لان عددهم متكمل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كفاية لدرء الحد لا لايجابه (واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية) اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون الغايب بشهادة الراجع ربع الحق * وقال الشافعي رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبيته في الديات انشاء الله تعالى * واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله تعالى * وقال زفر رحمه الله تعالى عليه لا يحس * * * لانه

على من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة لان الحدود شرعت زواجر لئلا يجر العوام عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فان كانت المنفعة تعود اليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة * ولا يخيفه رحمة الله ان الجرح ليس من موجبات الشهادة لان الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المأمور به لا الجرح ولا القتل لكن الجرح انما افضى اليه الشهادة وما افضى اليه الشهادة لاضمان فيه كما اذا شهدوا بنسب فمات المشهود عايه فورثه المشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ما 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 لانه لا يجب الضمان عليه في الصحيح * ذكر في مبسوط فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه فلو قال فائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمأمور بهذا الوجه لانه امر بضرب 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 لتمكنها في موضعين في تحميل الاصول وفي فعل الفروع والكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيها زيادة ونقصان 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 ففي 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 لاضمان على احد ولو ظهر انهم عبيد او كفار تجب الدية على بيت المال * فان قيل الغاضي اذ رد شهادة الفروع * * * * في المال

لانه ان كان قاذف حى فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى فيورث ذلك شبهة * ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث شبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لغيام القضاء في حقه (فان لم يحمد المشهود عليه حتى يرجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد رحمه الله تعالى حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء * ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه (ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا) وقال زفر رحمه الله يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره * ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة بانصال القضاء به فاذا لم يتصل بقى قذفا فيحدون (فان كانوا خمسة فرجع احدهم لاشى عليهم) لانه بقى من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو شهادة الاربعة (فان رجع الآخر هذا وغرما ربع الدية) اما الحد فلما ذكرنا * واما الغرامة فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقى على ما عرف (وان شهد

اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ايحنيقة رحمه الله معناه اذا رجعوا عن التزكية) وقال ابو يوسف ومحمد رهما الله هو على بيت المال * * وقيل

في المال بفسقهم * ثم قدم الاصول وشهدوا تقبل شهادتهم * قلنا القاضى انما رد شهادة الفروع في المال بفسقهم حقيقة لانهم الذين شهدوا الا انه تمكن شبهة الرد في شهادة الاصول لتعليم شهادة الفروع فصار الثابت في حق الاصول شبهة الرد والشبهة تمنع القضاء بالحدود دون المال وذكر الامام التمرناش رحمه الله ولو رد الفروع في المال لتهمة تقبل شهادة الاصول لانه مارد شهادتهم حقيقة ولو ردوا لتهمة الاولين لم تقبل ابدا من الاولين ولا من الفروع ولو ردوا لرق الاولين اول كفرهم ثم اعتقوا او اسلموا فشهدوا بذلك جاز قوله لانه ان كان قاذف حى فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان بالرجوع تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت كما قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق عند الدخول يصير ذلك الكلام طلاقا الا ان تبين انه كان طلاقا لان صيرورته طلاقا باعتبار وصوله الى المحل مقصور على الحال فاذا ثبت انه انما يصير كلامه في الحال قذفا والمقذوف في الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد * فان قيل هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يحس فكيف يحد هذا الراجع * قلنا هو مرجوم بحكم الحاكم لشهادتهم وهو يزعم بالرجوع ان شهادتهم ليست بحجة فانفسخ الحكم في حقه لان زعمه معتبر في حقه فلا يصح شبهة بخلاف قاذف آخر لان المرجوم غير محصن في حق غير الراجع 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 يقام عليه الحد ايضا * قلنا نعم القاذف وان اكدب نفسه فالحجة المسقطه للاحصان بقيت كاملة فاما اذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطه للاحصان كاملة في حقه فلماذا يقام عليه الحد قوله ولهما ان الامضاء من القضاء وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسألة التقادم * وذكر الامام التمرناش رحمه الله ولهما ان القضاء في الحدود هو الامضاء فان القاضى لا يحتاج الى ان يقول قضيت بالرجوع او بالجلد حتى ان اسباب المرح او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضى لو 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

* وقيل هذا اذا قالوا نعدنا التزكية مع علمنا مجالهم * لها انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على الشهود عليه خيرا بان شهدوا على اصاصه * 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 يورث 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 فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله 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 والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل (وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال) لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه

اشارة الى قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع * فان قيل اما الاول حين رجع لم يجب عليه الحد ولا ضمان فلو لزمه ذلك انما يلزمه بالرجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه شيئا * قلنا لم يجب لا لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة نامة فاذا زال المانع بالرجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر في حقه لا بزوال المانع قوله وقيل هذا اذا قالوا نعدنا التزكية مع علمنا مجالهم وليس المراد بقوله وقيل اشارة الى القولين لكن المراد به بيان محل الخلاف قوله فكانت التزكية في معنى علة العلة وهذا لان التلغ حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لانهم الزموا القاضي القضاء والشهادة انما تعمل بالعدالة وهي تثبت بالتزكية فكانت التزكية كعلة العلة للتلغ وهي كالعلة في اضافة الحكم اليها كما في الرمي وسوق الدابة وهنا تعذر 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 لاتصاح سببا للعقوبة ولا علة الاثرى ان الشهادة على الزنا بدون الاحصان توجب العقوبة فشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا اما الشهادة بدون التزكية لا يوجب شيئا وسبب الاتلاف الشهادة وانما صارت حجة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة * وقوله الاحصان محض الشرط لعله اراد به العلامة لما عرف في اصول العقه ان الاحصان علامة لان الشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقادها على وجوده كدخول الدار في تعليق الطلاق والعناق به ولا يتوقف الزنا في انعقاده علة لوجوب الرجم 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 ثبوتنا به ولا وجودا عنده فتكون علامة محضة لوجوب الرجم عند وجود الزنا قوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة فان صورة القضاء يكفى لا يراى الشبهة لانه لو كان حقا كان مبيحا للدم فبصورته 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

ولو باشر بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر امره (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبهه الطبيب والقابلة (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرمم) معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله * فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رحمه الله يقول انه شرط في معنى العلة لان الجنائية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبهه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا * ولنا ان الاحصان عبارة عن الحاصل الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة * بخلاف

دية وجبت بنفس القتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد يجب في ثلث سنين بقضية عمر رضى الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية في ماله في ثلث سنين بخلاف بدل الصالح عن القصاص فانه يجب حالا 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 الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم قوله لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون جز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه قوله وقالوا تعمدنا النظر اى الى موضع الزنا من الزانيين قوله لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة لان تحمل الشهادة مأمور به قال الله تعالى واقبموا الشهادة لله واقامتها لا تتحقق بدون النظر اليه عمدا اذ لا يصح التكليف مع الستر ولكن مع هذا الامر يجوز اختيار جانب الستر في الحدود فلذلك قيل بالاباحة دون الوجوب * وفي الجامع الصغير لشمس الائمة رحمه الله قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم بالنظر الى عورة الغير قصدا * ولكننا نقول النظر الى العورة عند الحاجة يجوز شرعا فان الحتان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا قوله والاحصان يثبت بمثله اى بمثل هذا الدليل الذى فيه شبهة الا ترى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فكذلك ههنا يثبت الدخول الذى هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب قوله فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم يعنى ان الزانى لو كان مملوكا لذمى وذلك المملوك الزانى مسلم فشهد على الزانى ذميان ان مولاه الذمى كان اعتقه قبل الزنا لم يرمم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمى بالعتق مقبولة ولكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهنا مثله قوله ولنا ان الاحصان عبارة عن الحاصل الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحه وهى مانعة عن الزنا لما مر فاستحال ان يكون سببا لوجوب عقوبة لان سببها جنائية لا محالة وليس بشرط فضلا عن ان يكون في معنى العلة لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود احصان ثبت بعد الزنا فانه لا يرمم وان صار محصنا بعد الزنا ولكنه اذا ثبت كان معرفا للحكم الزنا فاما ان يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاده علة على احصان بعده فلا وما للمعروف حكم العلة بوجه فصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة * * *

بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم (فان رجوع شهود الاحسان لا يضمنون عندنا) خلافا لزفر رحمه الله وهو فرع مانقدم والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب — حد الشرب

(ومن شرب الخمر فاخذوا وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة) لان جنائية 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 وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها) عند ابن حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى * وقال محمد رحمه الله يحد فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل

شعر يقولون لي انك شربت مدامة * فقلت لهم لابل اكلت السفر جلا

قوله بخلاف ما ذكر اى زفر رحمه الله تعالى اى ليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق لانه لا تقوم على وجه يتضرر به المسلم او نقول العتق لم يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة اهل الزمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم * وتحقيقه ان الخصوص هناك فى المشهود عليه فان شهادة النساء فى غير الحدود والقصاص تقبل فلما لم يكن المشهود به ههنا سببا موجبا للمعقوبة قبلت شهادتهن فيه قوله وهو فرع ما تقدم ان الاحسان شرط فى معنى العلة فشهوده بمنزلة شهود العلة فيضمنون اذا رجعوا وعندنا فى معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عند الرجوع فكيف اذا كان الشرط بمعنى العلامة والله اعلم بالصواب * * * * *

باب — حد الشرب

قوله او جاؤا به سكران شهد الشهود عليه بذلك اى بالسكر من الخمر او غيرها من الاشربة المحرمة قوله وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب رائحتها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى اى لا يحد ايضا اذ عندهما يشترط الرائحة فى الشهادة والاقرار غير ان الرائحة تشترط عند تحمل الشهادة حتى لو كان موجودا عند الاخذ وانقطع قبل ان ينتهوا به الى الامام حد فى قولهم جميعا لان هذا عند كعب المسافة فى حد الزنا والشاهد لا يتهم فى مثله قوله غير انه مقدر بالزمان عنده وهو الشهر قوله والرائحة قد تكون من غيره فان من استكثر اكل السفرجل توجد منه رائحة الخمر كما قيل

شعر يقولون لي انك شربت مدامة * فقلت لهم لابل اكلت السفر جلا

وقيل شعر سفر جلة تحكى ثدى النواهد * بها عرف ذى فسق وصفرة زاهد
يقال استنكته الشارب ونكهته تشمت نكهته اى ريح فيه ونكه الشارب فى وجهه ايضا اذا تنفس تعدى ولا يتعدى وهو من باب منع * * * * * قوله

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضی الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصر الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروايح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال * واما الاقرار فالتقدم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضی الله عنهم ولا اجماع الا برأى ابن مسعود رضی الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على مارويها (فان اخذه اليهود وبيعها توجد منه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا) لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لايتهم به في مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لما روى ان عمر رضی الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ ونبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها) لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكره واضطرار فلا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكرة لا يوجب الحد (ولا يحد حتى يزول عنه السكر) تحصيلا لمقصود الانزجار (وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضی الله تعالى عنهم (يفرق على بدنه كما في حد الزنا) على ما مر * ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لا يجرد اظهار للتخفيف * لانه

قوله وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضی الله عنه وهو انه جاء رجل يقال له هزال بابن اخ له الى ابن مسعود رضی الله عنه وقال انه شرب الخمر واقرب به ابن اخيه فقال له ابن مسعود رضی الله عنه بثس والى اليتيم انت لا ادبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال خذوه وتلتلوه وممزوه ثم استنكوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه * فان قيل هذا استدلال بنفى 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 رضی الله عنهم ولا اجماع الا برأى ابن مسعود رضی 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 واكرها فتمكنت فيه الشبهة 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 وقذف بالزبد يحرم واذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه مادام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقول ابي يوسف رحمه الله الاخر يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل قوله لان الرائحة محتملة * فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله 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 الجامع الصغير للامام المحجوب رحمه الله وعن ابي حنيفة رحمه الله 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 التمرناش رحمه الله قوله لاجماع الصحابة رضی الله عنهم روى ان الصحابة تشاوروا في حد الخمر فقال كل واحد منهم ما بداله فقال على رضی الله عنه اذا سكر هدى واذا هدى افترى وحد المفترين في كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوا وانفقوا على

لانه لم يرد به نص* ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وان كان عبدا فحده اربعون) لان الرق منصف على ما عرف (ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحسد) لانه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة) وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبيها هناك ان شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لان فيها شبهة البدلية ونهمة الضلال والنسيان (والسكران الذي يحسد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) وقال رضى الله عنه هذا عند ابي حنيفة رحمه الله * وقال

على ذلك فصار ذلك اجماعا * فان قيل استدلال على رضى الله عنه ينأتى في حد السكر اما في الخمر كيف يستدل به والحد لم يتعلق بالسكر منه * قلنا في الخمر يدعوقليله الى كثيره فكان سببا للسكر غالبا * وقيل ما من طعام وشراب الا ولذته في الابداء تزيده على لذته في الانتهاه الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاكثر منها ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا اصاب منها شيئا قوله لانه لم يرد به نص اى نص قاطع قوله انا اظهرنا التخفيف مرة اى من حيث العدد لم نجعله مائة كما في حد الزنا مع ان الالحاق به اولى لان دليل كل واحد منهما قطعى فلا يعتبر ثانيا اى فلا يخفى ثانيا من حيث الصفة بترك التجريد بل بمجرد قوله ومن اقر بشرب الخمر او السكر في النهاية بفتحيتين عصير الرطب اذا اشتد هو في الاصل مصدر سكر من الشراب سكر وسكرا * 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 المسكرات التى توجب الحد سوى الخمر * وانما خصه لانه الغالب في بلادهم وجازان يراد به السكر وعلى التقديرين لا بد من الاضرار 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 يوجد السكر قوله لان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى * وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضوع الذى جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم قوله والسكران الذى يحسد اى السكران الذى سكر بشرب غير الخمر من الاشربة المحرمة فان في شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحد على وجود السكر * ثم قوله والسكران الذى يحسد الى قوله قال رضى الله عنه انما خص المصنف رحمه الله بان هذا قول ابي حنيفة رحمه الله لان الذى ذكره من قوله والسكران الذى يحسد الى هذا لفظ الجامع الصغير من غير ذكر الخلاف فبين المصنف رحمه الله بهذا ان هذا قول ابي حنيفة رحمه الله لا قول الكل * وذكر في الفوائد الظهيرية قال ابو حنيفة رحمه الله السكران هو الذى لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجال من النساء ولا الارض من السماء والفرو من القباء * وعندهما ان يهذى ويختلط كلامه ويتمايل في مشيته وعن ابن الوليد سألت ابا يوسف رحمه الله عن السكران الذى يجب عليه الحد قال ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت كيف عينت هذه السورة وربما اخطأ فيه الصامى قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها* وحكى ان ائمة بلخ اتفقوا على استقرأ هذه السورة * ثم ان بعض الشرط اتى بسكران امير البلخ فامر الامير ان يقرأ هذه السورة فقال له السكران اقرأ انت سورة الفاتحة اولا فلما قال الامير الحمد لله فقال له السكران قى قد اخطأت من وجهين احدهما انك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة والثاني انك تركت التسمية وهى آية من اول الفاتحة * * * عند

* وقال هو الذي يهذى ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف * واليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله
 * وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاصها دراً للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه
 التمييز بين شىء وشىء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدرح المسكر في حق الحرمة
 ما قاله بالاجماع اخذاً بالاحتياط والشافعى رحمه الله يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما
 يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحسد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيختال
 لدرته لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه
 كما في سائر تصرفاته (ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته) لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع
 السكر والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * باب حد

عند بعض الائمة والقراء فنجعل الامير وجعل يضرب الشرطى ويقول امرتك ان تأتيني بسكران فاتينتى
 بمقرىء باغ قوله وقال هو الذي يهذى ويختلط كلامه اى يكون غالب كلامه الهذيان قوله
 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 النقصان شبهة العدم والحدود تندرى بالشبهات
 قوله والمعتبر في القدرح المسكر في حق الحرمة ما قاله بالاجماع وهو قوله هو الذي يهذى ويختلط
 كلامه اخذاً بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدرح الذى يلزم منه الهزيان واختلاط الكلام يمتنع عنه فلما
 امتنع عنه وهو الأدنى في حد السكر كان ممتنعاً من الأعلى فيه وهو ما قاله ابو حنيفة رحمه الله في حده
 قوله وهذا مما يتفاوت اى ظهور الاثر في المشية مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته
 والصاحى ربما يزلق او يعثر فيرى التمايل منه فلم ينهض ظهور الاثر دليلاً على السكر قوله ولا
 يحسد السكران باقراره على نفسه اى في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقه فاما في
 الحد الذى فيه حق العبد كحد القذف فانه يحسد باقراره وان كان اقراره في حال سكره * وذكر الامام
 قاضى خان رحمه الله ويؤخذ باقراره فيما سوى الحدود الخالصة لله تعالى من الحقوق والحدود الواجبة للعباد
 كحد القذف عرف ذلك باجماع الصحابة رضى الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى
 وحد المفترين ثمانون سوطاً فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فاذا وجبت عليه حد
 القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره * وذكر في الذخيرة وهذا في الاقرار واما اذا زنى
 او سرق حال سكره يحسد به بخلاف الاقرار بهما في حال السكر حيث لا يحسد لان الاقرار يحتمل الانشاء * وذكر
 الامام التمرناشى رحمه الله ولا يحسد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقه لانه اذا صحا ورجع 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 قوله كما في سائر تصرفاته من الاقرار بالمال
 والطلاق والعناتى قوله ولو ارتد السكران لا تبين امرأته منه هذا جواب الاستحسان * وفي القياس
 تبين امرأته كذا في سير المبسوط قوله 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 عن نوع
 تميزه بدليل توجه الخطاب اليه وصحة وقوع طلاقه وعناقه وسائر تصرفاته لما ان السكر يختلط عقله ولا
 ينفيه ولما كان كذلك اعتبرنا ذلك القدر في صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلم ولا يعلم كماله
 ارتداد الكفره واسلامه حيث يصح اسلامه ولا يصح كفره والله اعلم بالصواب * * * * * باب

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 اشراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا وتشترب مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا (قال يفرق 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 القرو والحشو) لان ذلك يمنع اتصال الالم 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 فعلنهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر * والعقل والبلوغ لان العار لا يباحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن * والعفة لان غير العفيف لا يباحقه العار وكذا القاذف صادق فيه (ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره (ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيّه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد) لان عند الغضب يراد به الحقيقة سببا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفى مشابهته اياه في اسباب المروة (ولو قال لست بابن فلان يعنى حده لم يحد) لانه صادق في كلامه * * * * *

باب — حد القذف

قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا ذكر الرجل ليس بقيد واحترز بقوله بصريح الزنا عما اذا كان القذف بطريق الكناية بان قال رجلا محصنا يازاني فقال الاخر صدقت لم يحد المصدق * ولا يشكل على قوله رجلا محصنا او امرأة محصنة قذف الاخرس المحصن والحرساء المحصنة لاحتمال التصديق منهما لو كانا ينطقان او لاحتمال ان يكون مطالبتهما تصديقا فلا يحد مع الشبهة قوله وطالب المقذوف * لا يقال مطالبة المقذوف ليس بشرط لانه يحد القاذف بمطالبة من يقع القذف في نسبه اذا كان المقذوف ميتا * لانا نقول لما قام مقامه اخذ حكمه فنسبت مطالبتة اليه او لان من يقع القذف في نسبه مقذوف ايضا فتتحقق مطالبة المقذوف * فان قيل المغلب فيه حق الله تعالى فكان ينبغى ان لا تشترب مطالبة العبد كما لا يصح عموه * قلنا حق العبد وان كان مغلوبا فيه يصاح ان تشترب مطالبتة احتياالا للدرء الحد قوله لما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد قد يفيض الى التلثي 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 فلهذا خفف ولم يقم 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 اريد بالمحصنات الحرائر فشرطنا الحرية احتياالا للدرء قوله ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك اى لست لاصلك الذي خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا * فان قيل جاز ان لا يكون ثابت النسب من ابيه ولا يكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة * قلنا وجوب * * * * *

ولو نسبه الى جده لا يحمد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا (ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميمته محصنة فطالب الابن يحمد حد القاذف) لانه قذف محصنة بعد موتها (ولا يطالب بحمد القذف للميت الامن يقع القذح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لان العار يلحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى * وعند الشافعي رحمه الله يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين انشاء الله تعالى وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه * ولهذا يثبت عندنا للمحرور عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله (واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر العبد ان يطالب بالحد) خلافا لزفر رحمه الله هر يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا صورة ومعنى * ولنا انه غيره بقذف محصن فيأخذ به بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعبيراً على الكمال * * * * * ثم

الحد هنا بطريق الاستحسان لا بطريق القياس * وذكر في المبسوط ولكننا تركنا هذا القياس لحد يث ابن مسعود رضى الله عنه لاهد الا في قذف محصنة او نفى رجل من ابيه ولانها اذا وطئت بالشبهة فولدها 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 ينفى 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 منها النسب ولما نفى القاذف نسبه مطلقا علم ان مراد القاذف ليس غير الزاني بل مراده الزاني لان الزاني لانسب له اصلا ولكن هو غير معين فلا يحمد بسببه ولكن يحمد بسبب امه لانه لما كان الرجل الذي نفى عنه النسب زانيا كانت امه زانية لا محالة فيجب الحد بسببها اذا كانت محصنة * فان قيل هذا كناية في القذف فينبغي ان لا يحمد * قلنا وجوب الحد بالاثر او نقول عدم وجوب الحد في الكناية لاستتار المراد اما اذا لم يكن مستترا فالكناية بمنزلة الصريح كما لو قال للقاذف هو كما قلت فانه يحمد به وان لم يكن صريحا **قوله** ولو نسبه الى جده لا يحمد لانه قد ينسب اليه مجازا قال الله تعالى كما اخرج ابويكم وكذا اذا نسبه الى خاله او عمه او زوج امه لا يحمد لان كل واحد منهم يدعى ابا قال الله تعالى ورفع ابويه على العرش قالوا هي خالته وابوه وقال عليه السلام الخال اب وقال الله تعالى نعبد آلهاك وآله آباءك ابراهيم واسماعيل واسحق وقال عليه السلام الخال اب وقال الله تعالى نعبد آلهاك كان ابن امرأته **قوله** لان العار يلحق به لمكان الجزئية * فان قيل ينبغي ان يكون له ولاية المطالبة حاضرا كان المقذوف او غائبا حيا كان او ميتا وكذا اذا مات بعد القذف * قلنا المقذوف يلحقه العار قصدا وهو لاء ضمنا فلا تعتبر خصوصتهم ما دام المقذوف حيا لان ما ثبت في ضمن غيره لا يعطى له حكم نفسه واذا مات بطل المتضمن فبطل ما في ضمنه بخلاف ما اذا قذف ميتا محصنا فان الميت ليس باهل للحقوق العار به فيعود الى من يقع القذح في نسبه بقذفه قصدا فيثبت له ولاية المطالبة **قوله** ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله له انه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا اب الام * ولنا ان النسب يثبت من الجانبين ويصير الولد به كريم الطرفين فكان القذف متناولا له **قوله** ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله له ان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كولد المقذوف مع بقاءه واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب * قلنا ان حق الخصومة باعتبار حقوق العار وذام وجود في حق ولد الولد * * * * * والحق

ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه
لانه لم يوجد التعبير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا (وليس للعبد ان يطالب مولاة
بقذف امه المحرة ولا للابن ان يطالب ابيه بقذف امه المحرة 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 رحمه الله
لا يبطل (ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي) عندنا خلافا 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 زاجرا ومنه سعى حد او المقصد من شرع الزواجر
اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان * فالشافعي
رحمه الله مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع * ونحن صرنا الى
تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاة فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه
لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة * وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج 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 رحمة الله تعالى عليه في العفو مثل قول الشافعي رحمه الله * ومن اصحابنا من قال ان الغالب
حق العبد وخرج الاحكام * * * * * والاول

والحق ليس بطريق الارث حتى يعتبر القرب بخلاف المقذوف فان حق الخصومة 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 التعبير الكامل الى ولده وهذا لان القذف
يتناول الميت صورة ويتناوله معنى بالتعدي اليه والشئ اذا تعدى عن محل الى محل يتعدى على الوصف
الذي كان ثابتا في ذلك المحل فاذا كان المقذوف محصنا تعدى اليه بصفة الكمال وان كان المقذوف غير
محصن لم يكن التعدي بصفة الكمال فاعتبر كمال الحال في حق من يتناوله القذف صريحا ليكون التعدي
كاملا في حق من يتناوله معنى **قوله** وكذا الاب بابنه ذكر حكم الوالد دون الوالدة والحكم لا يختلف
فيهما * وذكر في قتل الكفاية لا يحد الاصول بقذف الفروع لانه لا يقتل لهم فلان لا يحد اولى **قوله**
تشهد الاحكام فمما يدل على انه حق العبد انه لا يسقط بالتقادم ويقيمه القاضى بعلم نفسه ولا يصح الرجوع
عنه بعد الاقرار ويقام على المستأمن في دار الاسلام وتشترب فيه الخصومة ويقدم استيفاءه على حد الزنا
والسرقة ولا يبطل مع الرجم وما يدل على انه حق الله تعالى انه لا يباح باباحة العبد ولا يخلف القاذف فيه
ولا ينقلب مالا عند سقوطه وينتصفى بالرق **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد المراد
به صدر الاسلام ابو اليسر رحمة الله تعالى عليه **قوله** وخرج الاحكام اى اجاب عن الاحكام التي تدل
على انه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا * وذكر الامام صدر الاسلام رحمه الله في مبسوطه ان
الصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله لان محمدا رحمه الله نص في الاصل ان
حد القذف حق العبد * * * * * كالقود

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 يحذ) لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا (ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه (وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف) لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا * اما الاول فلقوله تعالى تعبد الهك واله آباءك ابراهيم واسماعيل واسحق واسماعيل كان عماله * والثاني لقوله عليه السلام الخال اب * والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحذ) لان المهموز منه للصعود حقيقة وقالت امرأة من العرب

وارق الى الخيرات زناء في الجبل

وذكر الجبل يترره مرادا * ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملمين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت * وذكر

كالقود واكثر الاحكام يدل عليه * وذكر في جامعه الصغير وانما جعل الاقامة الى الامام لان الضرب غير مقدر في نفسه فلو جعل الاقامة اليه لزيد على ما هو المعهود فيردى الى التلغى فجعل الاقامة الى الامام بطريق المصلحة * وقال فيه ايضا ثم انه لا يورث عند اصحابنا مع انه حق العبد كما لا يورث حق الشفعة وخيار الشرط لما ان الارث انما يجري في الاعيان قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته 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 في 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 في معنى ملك العين لانه يملك انلاف العين وملك الانلاف ملك العين عند الناس فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيخلف الوارث في حق استيفاء القصاص قوله والاول اظهر وهو ان الغالب فيه حق الله تعالى اظهر واشهر وعليه عامة اصحابنا رحمهم الله * النبط جبل من الناس بسواد العراق الواحد نبطى فهم ممن ينتم بالنسبة اليهم * قال ابن ابي ليلى اذا قال العربي يانبطى او قال لست من بنى فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحد لانه نسبه الى غير ابيه * قلنا يراد به النسبة الى الجهل واللكنة لا النفي عن الاب عادة كمن قال لمصرى يارستاقى او ياقروى فانه لم يجب عليه شيء 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 الازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر اى عطاء وجودا واما المنذر بن امرء القيس فكانت يسمى ماء السماء لجمالها وحسنها وقيل لولدها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق قوله وذكر الجبل يترره مرادا لانه قرينة الصعود ولهذا لو قال زنأت في الجبل لا يحذ وحرف في لا ينافى الصعود كما في قول الشاعر

وارق الى الخيرات زناء في الجبل

وكما في قوله تعالى فكأنما يصعد في السماء وحقيقة ما نوى ان لم يثبت يورث الشبهة قوله

وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحى لما قلنا وقيل يحى للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لا خير يازانى فقال لابل انت فانها يحى ان) لان معناه لابل انت زان اذهى كلمة عطى يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فى الثانى (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لابل انت حدت المرأة ولالعان) لانها قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفى البداية بالحد ابطال اللعان لان المحمود فى القذف ليس باهل له ولا ابطال فى عكسه اصلا فيجتاح للذرة اذ اللعان فى معنى الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حد ولالعان) ومعناه قالت بعد ما قال لها يازانية لوقوع الشك فى كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدمه منه ويحتمل انها ارادت زنائى ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد فى مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا (ومن اقربولد ثم نفاه فانه يلعان) لان النسب لزمه باقراره وبالنفى بعده صار قاذفا فيلعان (وان نفاه ثم اقربه حد) لانه لما اكدب نفسه بطل اللعان لانه حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب * والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل (والولد ولده) فى الوجهين لافتراره به سابقا او لاحقا 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 معها اولاد لا 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 لاعنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام امارة الزنا * * * * * قال

قوله وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على * فان قيل فى تجب بمعنى على قال الله تعالى ولاصلبكم فى جذوع النخل اى عليها * قلنا الحق انها على حقيقتها لتمكن المصلوب فى الجذع نمكن الكائن فى الظرف فيه * فان قيل الكلام فيما اذا ادعى ارادة الصعود وبالارادة تتحرك حقيقة الكلام الى ما يحتمله ولاخفاء فى الاحتمال * قلنا لما ثبت ان ظاهره للفاحشة كان قذفا حقيقة ودعوى السجاز غير مسموع عنه كما لو قال زنيت وقال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنات على الجبل قيل لا يجب لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقيل يجب للمعنى الذى ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا قوله زنائى ما كان معك بعد النكاح اطلق لفظ الزنا على الوطىء الحلال على طريق المشاكلة كما فى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لاعلى تحقيق الزنا فعلى هذا لانكون مصدقة لزوجها فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان قوله فجاء ما قلنا اى وقوع الشك فى الحد واللعان فيبطلا قوله واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد * جواب لقائل لما وجب اللعان ينبغى ان يقطع النسب اى ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجودا وعدمه الا ترى انه اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلعان بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولده من امرأته الامة ينتفى النسب ولايجرى اللعان قوله ففانت العفة نظرا اليها اى ولادة ولد لا اب له ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا * فان قيل اللعان فى * * * * * جانبها

(قال ومن وطئ وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه) لغوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئاً حراماً لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطئ المحرم لعينه وان كان محرماً لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطئ في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطئ في الملك والحرمه مؤبده فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره * وابو حنيفة رحمه الله يشترط ان تكون الحرمة المؤبده ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد بيانه ان (من قذف رجلاً وطئاً جارياً مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه (وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعاً لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد (ولو قذف رجلاً اتى امته وهي مجرسة او امرأته وهي حائض او مكاتبه له فعليه الحد) لان الحرمة مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زناً وعن ابى يوسف رحمه الله ان وطئ المكاتبه يسقط الاحصان وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان الملك زائل في حق الوطئ ولهذا يلزمه العقر بالوطئ * ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي مؤقتة (ولو قذف رجلاً وطئاً امته وهي اخته من الرضاة لا يحد) لان الحرمة مؤبده وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتباً ومات وترك وفاء لحد عليه) لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رض الله تعالى عنهم * * * * *

جانبا قائم مقام حد الزنا فكانت محدودة في الزنا فوجب ان لا يحد قاذفها * قلنا اللعان في جانبها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره الا ترى ان اللعان قائم مقام حد القذف في حقه بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها حتى قلنا بشهادته * ونقول اللعان قائم مقام حد الزنا في حقه فقد وجد اشارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظراً الى هذا وقائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقط فبقى القذف سالماً عن المعارض فوجب الحد على القاذف **قوله** ومن وطئاً حراماً نحو ان تزوج امرأة نكاحاً فاسداً متفقاً على فسادها فوطئها وهو يعلم بذلك او لا يعلم او وطئاً جارياً مشتركة او وطئاً جارياً ثم استحقت منه وهو لا يعلم انها لغير البائع او وطئاً بنكاح ثم علم ان المرأة ممن لا يحد له نكاحاً **قوله** في غير ملكه اي من وجه او من كل وجه احترز به به عما اذا اتى امته وهي مجرسة او امرأته وهي حائض او مكاتبه له فلا يسقط احصانه لان الوطئ وان كان حراماً الا انه في ملكه **قوله** فالوطئ في غير الملك من وجه كوطئ الجارية المشتركة او من كل وجه كوطئ الاجنبية وانما تساوي في 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** والحرمة مؤبده كقوله التي هي اخته رضاعاً **قوله** وابو حنيفة رحمه الله يشترط ان تكون الحرمة المؤبده ثابتة بالاجماع كوطئ الاب بملك النكاح او بملك اليمين ثم اشتراها ابنها فوطئها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة وطئ المنكوحه بلاشهود فان حرمتها ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لانكاح الابشهود وهذا الحديث مشهور ذكره في الفوائد الظهيرية لان التحريم المؤبد ينافي ملك المتعة وان لم ينافي ملك الرقبة فيصير الوطئ واقفاً في غير الملك من وجه فيصير زناً من وجه **قوله** والحرمة لغيره وهو قيام حقه في اليد **قوله** اذ هي مؤقتة اي منقضية بفسخ الكتابة او بالعجز **قوله** ولو قذف رجلاً وطئاً امته وهي اخته من الرضاة لا يحد لان الحرمة مؤبده * * * * *

(ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحسد عند ايحنيفة رحمه الله وقال لاحد عليه) وهذا بناء على ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح (واذا دخل الحربى فى دارنا بامان فقتل مسلما احد) لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذى وموجب اذاه (واذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب) وقال الشافعى رحمه الله تقبل اذا تاب وهى تعرف فى الشهادات (واذا حد الكافر فى قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة) لان له الشهادة على جنسه فتدتمة لحدته (فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا فى حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا فى 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 ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته اذا اقل تابع الاكثر والاول اصح (قال ومن قذف اوزنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله) اما الاخير ان فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكّن شبهة فوات المقصود فى الثانى وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما * وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان اختلف المذوف او المذوف به وهو الزنا لا يتداخل * * لان

وهذا هو الصحيح * وذكر الكرخى رحمه الله انه لا يسقط به الاحصان لان الفعل حرم مع قيام الملك المبيع فصار كالأمة المزوجة والصحيح هو الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمه فمن ضرورة ثبوت الحرمة مؤبدا انتفاء الحل والسبب لا يوجب الحكم الا فى محل قابل له فاذا لم يقبل الحمل الحل فى حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله فى معنى الزنا قوله وقد مر فى النكاح اى فى 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 بعده فقد قال ابو حنيفة رحمه الله ينظر الى حال اكمال الحد ان ضرب فى كفره تسعة وسبعين سوطا وبعد الاسلام واحد الا تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد فينظر الى حال انمامه لانه عند ذلك يصير حدا ثم رجع وقال ان اقيم اكثره بعد الاسلام لا تقبل اذ الاقل تبع للاكثر فصار كان الكل وجد بعد الاسلام فلا تقبل * وهكذا روى عن ابي يوسف رحمه الله ثم رجع الى ما ذكر فى الكتاب لان ما كان له من الشهادة لم يبطل بضرب البعض لان الرد تنمة الحد فلا يهد من وجوده ليكون الرد تنمة له وما حدث له من الشهادة بالاسلام لم يرد ايضا لهذا المعنى فلهذا تقبل شهادته على اهل الاسلام واهل الذمة قوله والاول اصح 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 الشافعى رحمه الله ان اختلف المذوف بان قذف غير الاول او المذوف به بان قذف الاول بزنا آخر لا يتداخل * وذكر فى المبسوط لو قذف جماعة فى كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت * * * لان

لان المقلب فيه حق العبد عنده والله تعالى اعلم بالصواب

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 او ياكافر او ياخبيث او ياسارق) لانه اذاه والحق الشمين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجنابة الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشمين به للتميقن بنفيه * وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وايداء * وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه تاحقهم الوحشة بذلك * وان كان من العامة لا يعزر وهذا حسن والتعزير اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلث جلدات * وقال ابو يوسف رحمه الله يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا * * * * * والاصل

زان لا يقيم عليه الاحد واحد عندنا * وعند الشافعي رحمه الله ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحس لكل واحد منهم وهذا يخالف ما ذكر في المنظومة والشرح لان المقلب فيه حق المقذوف عنده فلا يجرى 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 مذهبه اذا حضر الغائب وخاصم يقام الحد عليه لاجله ايضا * وعندنا لا يقيم اذا علم ان قذفه بالزنا قبل اقامة الحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم وما هو المقصود قد حصل وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف * وذكر في الفوائد الظهيرية وقد حكى عن ابي حنيفة رحمه الله ان ابي ليلى كان قاضيا بالكوفة سمع رجلا عند باب مسجده يقول رجلا آخر يا ابن الزانين فقال خذوه فاخذوه وادخلوه في المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين فاخبر ابو حنيفة رحمه الله بذلك فقال بالمعجب من قاضى بلدا فقد اخطأ في خمسة مواضع في مسألة واحدة * اما الاول فليس له ان يأخذه بالحد ما لم يخاصم المقذوف * والثاني انه لو خاصم يجب حد واحد وان قذف النى رجل يكتفى بحد واحد * والثالث انه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي 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 وسل سبوفكم واقامة حدودكم وانشاد ضالنتكم * والخامس انه قذف الوالدين حيث قال يا ابن الزانين وح يجب ان يتعرف انهما في الاحياء اوفى الاموات فان كانا في الاحياء فالخصومة اليهما وان كانا في الاموات فالخصومة الى الابن والله اعلم بالصواب * * * * *

فصل في التعزير

هو تأديب دون الحد * واصله من العزر بمعنى الرد والردع * وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فاضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تهديبا وناديبا بهن والسنة قال عليه السلام لانرفع عصاك عن اهلك وروى انه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث ولان زجر الدعار عن الجبايات ومساوى الاخلاق واجب تقايلا لها والتعزير صالح للزجر فيكون مشروعا * ثم قد يكون بالحبس وقد يكن بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وعن ابي يوسف رحمه الله ان التعزير باخذ المال يجوز للسلطان * ثم تعزير الاشراف كالهاقنة والقواد وغيرهم الاعلام والجر الى باب القاضى وتعزير اشرف الاشراف كالفقهاء والعلوية الاعلام فقط بان يقول بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل وتعزير اوساط الناس كالسوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخساء الاعلام والجر والضرب والحبس قوله الا انه يبلغ * * * * * بالتعزير

* والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين * واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرافه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا * وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر رحمه الله 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 رحمهم الله ان ادناه على ما يراه الامام يعزره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس * وعن ابي يوسف رحمه الله 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 الحبس الى الضرب في التعزير فعل) لانه صالح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز 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 يخفف من حيث الوصف كيلا يوعدى الى قوت المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء (قال ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي 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 التقليل من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف (ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشرع * * * * * وفعل

بالتعزير غايته في الجناية الاولى وهي ما اذا قذف غير المحصن بالزنا ولم يثبت وفي الثانية وهي 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 جرى على السنة الفقهاء من التثقيب ان صح فعلى حذف المفعول الاول كما في قوله عليه السلام الا فليبلغ الشاهد الغائب وقوله تعالى يا ايها الرسول بلغ ما انزل اليك على حذف المفعول الثاني والتقدير من بلغ التعزير حدا * وانما حسن الحذف لدلالة قوله في غير حد والذي يدل على هذا التقدير قولهم 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 مذكور والمراد تبليغ غير الحد الحد لان 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 ما روى 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 جلدته خمسة وسبعين * قوله وقد ورد الشرع به اى بالحبس وهو ما روى ان النبي عليه السلام حبس رجلا للتعزير * قوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته هذا لا يوضح ان الحبس يصاح للتعزير اى ولهذا لا يحبس في تهمة وجوب التعزير قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على انه قذف محصنا قال 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 يوعدى الى قوات المقصود وهو الزجر ولهذا لم يخفف من حيث التفريق ذكر في المحيطان محمد ارحمه الله ذكر في حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا وفي كتاب الاشرية يضرب التعزير في موضع واحد وليس * * * * * وفعل

وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفساد والبزاع بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تنقيد بشرط السلامة كالمروور في الطريق * وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في بيت المال لان الانفاق خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم * قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامر صر كان الله امانه من غير واسطة فلا يجب الضمان والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب — السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار * ومنه استراق السمع قال الله الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى

في المسئلة روايتان لكن موضوع ما ذكر في كتاب الحدود انه وجب تبليغ التعزير الى اقصى غايته ومتى كانت الحالة هذه يجب التفريق على الاعضاء كيلا تكون الاقامة في موضع واحد سببا لفساد ذلك الموضوع وموضوع ما ذكر في الاشرية انه يعزر ادنى تعزير كسوط او سوطيين او ثلثة ومتى كانت الحالة هذه فالاقامة 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 بقابلة للتعليق بالشرط لانه حينئذ يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الاطلاقات فانها رفع القيد فكان من جنس الاستقاطات وهي قابلة للتعليق * فان قيل يشكل على هذا ما اذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع او افاضها فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والرواية في المحيط مع ان الزوج بالجماع استوفى حق نفسه والاحتراز عن التلف 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 بمقابلة 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 حقرق العباد شرع للاصلاح والتهذيب والله تعالى اعلم

كتاب — السرقة

هي اخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة قوله ومنه استراق السمع لانه يسمع كلام المنكلم في حال غفلته قال الله تعالى الا من 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 بالغا * ومنها في المسروق وهو ان يكون مالا متقوما لا يتسارع اليه الفساد مقدرا بعشرة دراهم او بما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة لان السرقة لا تتحقق الا بصفة المالية والمملوكية والحرز فان اخذ المباح يسمى اصطيادا واحتطابا لاسرقة وما لا يكون محرزا لا يكون اخذه سرقة لعدم مسارقة عين الحافظ ولما صار كون المال محرزا شرطا بالنص وشروط العقوبات يراعى وجودها بصفة الكمال لما في النقصان من شبهة العدم وانما يتم الاحراز في المال الخطير فالحقير ناه لا يقصد العاقل احرازه عادة فصار ما يتم به الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابتا بالنص قوله

والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لاغير 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 الطرق 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 هرز لاشبهة فيه وجب عليه القطع) والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الاية * ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفر في الحقيق وكذا اخذ لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا * وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار * وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم * لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المعجن واقل ما نقل في تقديره ثلثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما وثلثة ربعها * ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد * وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دائرة للحد وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم يطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشراط المضروب * * * * * كما قال

قوله والمعنى اللغوي اى الاخذ على سبيل الحفية مراعى فيها ابتداء وانتهاء يعنى اذا كانت السرقة نهارا او ابتداء لاغير يعنى اذا كانت السرقة ليلا لان اكثر السرقات يصير مغالبة في الانتهاء اذا كانت ليلا لانه وقت لا يحتمه الغوث فلو لم يكنف بالحفية وقت الدخول في الحرز لا تمنع القطع في الاكثر بجلان ما اذا كانت بالنهار لانه وقت يلحقه الغوث فلا يصير مغالبة وقت الاخذ كذا في الذخيرة * وفي الحاوى انه اذا كان باب الدار مردودا غير مغلق فدخلها السارق خفية قطع ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع ولو دخل ليلا من باب الدار وكان الباب مفتوحا مردودا بعد ما صلى الناس العتمة وسرق خفيا او مكابرة ومعه سلاح اولا وصاحب الدار يعلم به اولا قطع ولو دخل اللص دار انسان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويحيثون فهو بمنزلة النهار قوله وفي الكبرى اعنى قطع الطريق انما سميت كبرى لان ضررها يعم المالك والمسلمين او لانها مسارقة عين الامام ومحاربة الله ورسوله قاله الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله قوله او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمرتهن والمضارب والغاصب قوله لان الجناية لا تتحقق دونهما اى الجناية لا تتحقق عند عدم العقل والبلوغ لانه لاجنافية بلا تكليف ولا تكليف بلا عقل وبلوغ قوله وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لا خلاف بينهما من حيث المعنى لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلثة دراهم كانت ربع الدينار وقال ابن ابي ليلى رحمه الله نصاب السرقة مقدرة بخمسة دراهم * وقال عكرمة رحمه الله باربعة دراهم * وعن ابي هريرة وابي سعيد الخدرى رضى الله عنهما باربعين درهما * وعند اصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصرى رحمه الله قوله وهو المتيقن به روى في ثمن المعجن ثلثة دراهم وروى انه خمسة دراهم وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالاقل كما اذا اختلفت المقومون * * * * * في

كمال قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرافيمتها 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 ذهباً ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دائرة وسببها من بعد ان شاء الله تعالى * * * * *

في القيمة يؤخذ بالاقل * قلنا روى ايمن بن ايمن وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم ان المجن الذي قطعت اليد به على عهد رسول الله عليه السلام كان يساوي عشرة والرجوع الى قولهم اولى لكونهم من جملة الغزاة وكانوا اعرف بقيمة المجن 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 بالاكثـر ههنا لان معنى الدرء فيه وقد روى ان عمر رضى الله عنه اتى بسارق سرق ثوباً فامر بقطع يده فقال عثمان رضى الله عنه ان سرقته لانساوي عشرة فامر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرء الحد عنه فدل انه كان ظاهراً معروفاً 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 احترازاً عما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليهما 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 ذهباً * لا يقال ان الذهب منصوص عليه بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم * لانا نقول نعم فتورد في بعض الاخبار ذكر الدينار ولكنه لم يبلغ في الشهرة مبلغ الدراهم وذكر شيخ الاسلام رحمة الله تعالى عليه ان بذكر العشرة تبين ان المراد بالدينار المتقوم بقيمة الشرع عشرة لابقيمة الوقت لان باعتبار الوقت قد تبلغ الدينار ثلثين او اربعين فيصير في التقدير كانه قال لا تقطع اليد الا في ثلثين او اربعين او عشرة وبيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعلم ان المراد بالدينار الدينار المتقومة بالعشرة * وقال ابو يوسف رحمه لا يقطع الا بالاقرار مرتين وهو ايضا قول ابن ابي ليلى وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر * وذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما * قال القاضي الامام الزنجري رحمه الله في تعليـل هذه المسئلة على قولهما ان الاقرار في المرة الاولى انكن يوجب القطع صح الكلام وتم المرام وان لم يوجب القطع يوجب الضمان بلا ريب فلما وجب الضمان باقراره الاول فلو وجب باقراره الثاني سقط الضمان الواجب والانسان لا يستقل باسقاط الضمان الواجب بقوله * وكان الشيخ ابوبكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول العجب عن ابي يوسف رحمه الله ان شأنه علا وارتفع بهذه المسئلة حين كان خامل الذكر كان في مجلس هارون الرشيد فاتي بسارق فقالوا للسارق انت سرقت هذا المال فقال انا اخذت هذا المال فانفق الفقهاء من اهل المعالم انه يقطع فقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع لانه ما اقر بالسرقة وانما اقر الاخذ والاخذ يوجب الضمان دون القطع نحراروا وخجلوا واقروا ان ما قاله حق لكن قالوا نسأله ثانياً فسأله فقال نعم سرقت فقالوا الله اكبر الآن يقطع فقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع لان الضمان وجب عليه بالاقرار فاراد الآن ان يسقط الضمان عن نفسه فاقر اهل المعالم من الشيب والشبان ان الحق ما قاله * وذكر في المبسوط تعليـل محمد رحمه الله لم اقطعه في المرة الاولى ولم اقطعه في المرة الثانية لان المال صار ديناً عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون * * * * * متهما

(قال والعبد و الحر في القطع سواء) لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فينكامل صيانة لاموال الناس (ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين) ويروى عنه انها في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فتعتبر بالآخرى وهى البينة كذلك اعتبرنا في الزنا * ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى 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 تصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشترط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع (قال ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألها الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة (قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع) لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم جنياته فيعتبر كمال النصاب في حقه والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * ولا قطع

منهما في ذلك فلا يقطع حينئذ وان كان المال قائما بعينه رددته بعد الاقرار الاول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال الاثري ان بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال فبالاقرار اولى قـوله وينبغي ان يسألها عن كيفية السرقة فيقول كيف سرق لجواز انه نقب البيب وادخل يده واخرج المتاع وفي هذا الوجه لا يقطع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وماهيتها لانه مبهم الاسم محتمل فان من يستمع الى كلام الغير سرا يسمى سارقا قال الله تعالى الا من استرق السمع ومن لا يعتدل في الركوع والسجود يسمى سارقا قال عليه السلام ان سوء الناس سرقة من يسرق من صلونه وزمانها اى فيما اذا ثبتت السرقة بالبينة فيسألها الامام فيقول متى سرق لجواز انه تقادم العهد وانه مانع للقطع اذا ثبت السرقة بالبينة واما اذا ظهرت بالاقرار فلا يحتاج الامام الى السؤال عن الزمان لان تقادم الزمان لا يمنع صحة الاقرار كذا في المبسوط والمحيط قـوله ومكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب لانه لا يقام الحد على من باشر السبب في دار الحرب قـوله ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة لانه لا يمكن التوثيق بالتكفيل لانه لا كفالة في حقوق الله تعالى ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عد التهما لان القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه قـوله واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع هذا اذا لم يكن بين هؤلاء السراق صبى او مجنون فان كان واحدا منهما بينهم درىء الحد عنهم في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى * وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الصبى والمجنون وليا اخراج المتاع درىء الحد عنهم وان كان الذى ولى سواهما قطعوا الا الصبى والمجنون لان الحامل هو الاصل كذا في الايضاح قـوله وان اصابه اقل لا يقطع خلافا لما لك رحمه الله ولا يرد على هذا وجوب القصاص على جماعة قتلوا واحدا لان القتل بطريق التغالب غالب فاحتجج الى الشرع الزاجر لتقليله ولا كذلك سرقة مالا يصيب كل واحد منهم الاشىء قليل ولان انزهاق الروح غير متجز فيضاف الى كل واحد منهم كملا كولاية الانكاح للاولياء المستوين في الدرجة والله اعلم بالصواب * * * * * باب

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

(ولا قطع فيما يوجد نافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسلك والطير والصيد والزرنج والمغرة والنورة) * والاصل فيه حديث عائشة رضی الله تعالى عنها قالت كانت اليد لا تنقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشئ الناقه اى الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لانضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر * ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص * الا ترى ان الحشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز * والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التى كانت فيه وهو على تلك الصفة يورث الشبهة والحى يندرى بها ويدخل في السمك المالح والطرى وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولا طلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب القطع في كل شئ الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعى رحمه الله 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 معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الخنطة والسكر اجماعا * وقال الشافعى رحمه الله يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثير واذا اواه الجرين او الجران قطع * قلنا اخرجه على وفاق العادة والذى يؤويه الجرين في عادتهم هو اليباس من الثمر وفيه القطع (قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذى لم يحصد) لعدم الاحراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة * ولان

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قوله ولا قطع فيما يوجد نافها مباحا في دار الاسلام وما يوجد مباحا في الاصل في دار الحرب وهو عزب لا يورث الشبهة لان الاموال كلها في دار الحرب على الاباهة وتفاهة الشئ يعرف بالرجوع الى العرف فان الانسان قد يترك الاخذ مع القدرة عليه ويعد اظهار الرغبة فيه عن الحساسة وكذا الضنة به تعد من الحساسة وتفاهته من هذا الوجه يخل بخطره وقلة الخطر يمنع وجوب القطع كتنقصان قدر النصاب قوله بصورته اى بخلقته الاصلية قوله والطير يطير والصيد يفر بيان نقصان الحرز قوله وهو على تلك الصفة احتراز عن الاوانى والابواب المتخذة من الحشب فان فيها القطع قوله والكثير الجمار وهو شئ ابيض لين يخرج من رأس التخل ومن قال هو حطب او صغار التخل فقد اخطأ ذكره المطرزي والودى الصغار من التخل وقيل غصن يخرج من التخل فيقطع ويغرس قوله لانه يقطع في الخنطة والسكر اجماعا هذا اذا سرق في ايام الحصب اما الجماعة 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 الخنطة قوله واذا اواه الجرين او الجران هذا ترد من الراوى فقد اشكل عليه لفظ النبى عليه السلام فقال هذا او هذا والجرين المراد وهو الموضوع الذى يلقى فيه الرطب ليجنى كذا في المغرب وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى متخره فجاز ان يسمى به هنا الجراب المتخذ منه قوله على وفاق العادة يعنى انما ثبت القطع فيما اواه الجرين بناء على عادتهم انهم كانوا لا يضعون في المرين الا اليباس فانصرف اللفظ الى اليباس فلا يكون حجة علينا لان نقول بوجوب القطع في اليباس قوله ولا قطع في الفاكهة على الشجر وان يبس ولا يقطع في الاشربة المطربة اى المسكرة * وفي الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد * قوله

(قال ولا في سرقة كلب ولا فهد) لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالبة الكلب فاورث شبهة (ولا يقطع في دق ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) لان عندهما لاقية لها * وعند ابي حنيفة رحمه الله آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل) لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام (ويقطع في الفصوص الحضر والياقوت والزبرجد) لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من الحشب او ابي وابوابا قطع فيها) لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا يرى انها تحرز 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 وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حملة لان الثقل منه لا يرغب في سرقة (ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور في الحرز (ولا منتهب ولا محتلس) لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع على محتلس ولا منتهب ولا خائن (ولا قطع على النباش) وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى * وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يقطع لقوله عليه السلام ومن نبش قطعناه * ولانه مال متقوم محرز بجزز مثله فيقطع فيه * ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المحتسب وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجنانية في نفسها نادرة الوجود وما وراه غير مرفوع * * * * *

ما حقه بالفقه والتفسير لان معرفتهما يتوقف عليهما قوله ولا يقطع في دق ولا طبل هذا اذا كان طبل لهو واما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ في وجوب القطع فيه واختيار الصدر الشهيد رحمه الله انه لا يجب القطع لانه كما يصاح للغزو يصاح لغيره فيتمكن الشبهة كذا في المحيط قوله الساج شجر يعظم جدا قالوا لا ينبت الا في بلاد الهند * والقنا بالقصر جمع قنادة وهي خشبة الرمح * والآبنوس بفتح الباء قوله وانما يجب القطع في غير المركب اراد به تركيب الباب على الجدار اى انما يجب القطع بسرقة الابواب اذا كانت محرزة في البيت غير معلقة بموضع الباب من الجدار فانها اذا كانت معلقة لا يجب القطع بسرقتها قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة وهو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاج ان يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية * والاختلاس ان يأخذ من اليد بسرعة جهرا قوله محرز بجزز مثله * قال الطحاوى رحمه الله حرز كل شيء يعتبر بجزز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق ثوبا من اصطبل لا يقطع وكذا الورق الشاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع ومسئلة النباش اختلف 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 وانفق عليه من بقى في عهد مروان من الصحابة على ما روى ان نباشا اتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا له فيه شيئا فعززه اسواط ولم يقطعه وبهذا تبين فساد من يستدل بالآية لا يجب القطع عليه فان اسم السارق لو كان يتناوله مطلقا لما احتاج مروان الى مشاورة الصحابة مع النص وما اختلفوا على خلاف النص كذا في المبسوط قوله وما رواه غير مرفوع قيل انه من كلام زياد * * * * *

او هو محمول على السياسة وان كا 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 وهو 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 استحسانا لان التأجيل لتأخر المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وان سرق منه عروضا قطع) لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بغير التراضى * وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا من حقه * 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 دنانير قيل يقطع لانه ليس له الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بجالها لم يقطع) والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله تعالى وهو قول الشافعي رحمه الله 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

قوله او هو محمول على السياسة الا ترى انه قال في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدد انفه جددناه 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 لا اختلال الحرز بوضع الميت فيه اذ لكل احد تأويل الدخول زيارة وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة قوله لما بينا اى من اختلال صفة المالية والمملوكة والحرز قوله لما قلنا من ان له فيه شركة وهي تورث الشبهة قوله والحال والمؤجل فيه سواء اى في عدم القطع * والقياس في المؤجل القطع لانه لاحق له في اخذ شىء 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 يأخذه رهنا بحقه قوله حتى لو ادعى ذلك بان قال انما اردت ان آخذه رهنا بحقى او قضاء بحقى درى الحد بشبهة اختلاف العلماء قوله قيل يقطع وهكذا نص القدورى في شرهه لانه ليس له حق الاخذ لانهما جنسان مختلفان الا ترى انه لو وكل رجلا ليشتري له شيئا بدنانير فاشتري له بدراهم او على القلب يصير مخالفا قوله وقيل لا يقطع وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله وهو الصحيح لان النقود في حكم جنس واحد ولهذا يكمل احدهما بالآخر في باب الزكوة وقد قال ابو حنيفة رحمه الله ان للامام ان يتبادل احد النقدين بالآخر بغير رضا المديون لقضاء حقه وكذا في شراء ما باع بمنزلة جنس واحد حتى لا يصح قوله من غير فصل اى بين ان يسرق الشىء 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 فكل اولى بشرع القطع وهذا لانه بعدد المتاع يصير هذا العين في حق السارق كعين آخر في حكم الضمان حتى لو غصبه وانلفه كان ضامنا فكذا في حكم القطع * قوله

* ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجنابة منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعري الإقامة عن المقصود وهو تغليل الجنابة وصار كما اذا قذف المحمود في القذف المقذوف الاول (قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت شبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في الحرز والأخذ منه

(ومن سرق من ابويه او ولده او ذى رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد للبسوطه في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر * * * * *

قوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل يعني ان صفة المالمية والتقوم لم يبق في هذا العين حقا للمسروق منه على ما تبين فبعد ذلك ان ظهرت المالمية والتقوم في حقه بالاسترداد يبقى ما سبق مورثا للشبهة والقطع يندري بها وهو نظير ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام اذا احرز انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الاصل قوله على ما يعرف اشارة الى قوله بعد او راق لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه قوله نظرا الى اتحاد الملك بان لم يتبدل بالبيع والمحل بان لم يتبدل كما لو كان غزلا فتسجه او لم يسرق عينا آخر من المسروق منه 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 فالمالك هناك بتجدد السبب والمالمية والتقوم باعتبار الملك فيجعل متجددا ايضا * وهذا لان اختلاف اسباب الملك كاختلاف الاعيان الا ترى ان المشتري اذا باع غيره ثم اشتراه ثم اطلع على عيب قديم لم يرده على البائع الاول بخلاف ما اذا زنى بامرأة نحد ثم زنى ثانيا حيث لزمه الحد لانه لا يجب باعتبار المستوفى وانه متسلاش 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 المالمية والتقوم الذي هو حق المالك في العين فانه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق قوله وصار كما اذا قذف المحمود في القذف المقذوف الاول * ذكر الامام المرغري رحمه الله معناه بعين ذلك الزنا اما لو نسبته الى غير ذلك الزنا فانه يحسد ايضا قوله ولهذا يملكه الغاصب به اى بالنسج قوله وهذا هو علامة التبدل اى ملك الغاصب المغصوب بالنسج دليل تبدل العين والا لما انقطع حق المالك عن المغصوب * فان قيل العين الاول قائم حقيقة * وانما تبدل اسمه وصورته * قلنا المتمكن شبهة سقوط العصمة قبل تبدل الاسم والصورة وكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في الحرز والأخذ منه

الحرز الموضع الحصين الذي اعد لحفظ الامتعة قوله والثاني وهو قرابة المحرمية للمعنى الثاني وهو الدخول في الحرز * * * * *

الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لانه عاداه بالسرقة * وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق (ولو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من امه من الرضاة قطع) * وعن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه 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 الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف النهمة بخلاف النسب (واذا سرق

احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة (ولو سرق المولى من مكانه لم يقطع) لان له في اكسابه حقا (وكذلك السارق من المغنم) لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله تعالى عنه درأ وتعليلاً * * * * * قال

قوله الى مواضع الزينة الظاهرة * ذكر في المبسوط ولهذا ثبت حل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة وهي قرابة ذى الرحم المحرم * ثم المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف ومن مواضع الزينة الباطنة العنق والرأس والساق على ما يجيء في الكراهية انشاء الله تعالى * ولعل المراد من مواضع الزينة الظاهرة هنا ما يظهر في العادة عند ترك التكلف في السر لا ان يراد بها الوجه والكف فقط لان النظر الى الوجه والكف مباح للاجنبي ايضا اذا لم يكن عن شهوة ويدل عليه قوله تعالى ليس على الاعمى حرج الى قوله او بيوت خالاتكم فظاهره يقتضى الاباحة وهو وان ترك لقيام الدليل تبقى شبهة ولا يلزم قوله تعالى في آخر الآية او صد يقم لانه اذا قصد السرقة فقد عاداه ولم يبق صديقا له فلعدم الصداقة عند السرقة انتفت شبهة * واما الاخوة وما يضاهاها فيبقى مع السرقة كالبوة قوله وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله اى في ذى الرحم المحرم قوله اعتبارا للحرز وعدمه على طريق اللف والنشر من غير ترتيب قوله بخلاف الاخت من الرضاة لانه لا شبهة 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 المزينة 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 الرضاع يتشابهان ويتشاكلان فان محرميتهما ثبت بالرضاع ولو كانت الامومة من الرضاع مؤثرة كانت الاختية مؤثرة ايضا كما في النسب فالحاق الرضاع بالرضاع اولى من الحاق الرضاع بالزنا

قوله ودلالة وهو ان عقد النكاح بينهما دال على البسوطة لانهما بعقد النكاح يصيران كمصراعي الباب وهذا يدل على البسوطة في المال او لان البسوطة بينهما في الاموال لما اثيرت في منع قبول شهادة احدهما للآخر فلان يمنع القطع اولى لان القطع من الحدود وهى تندرى بالشبهات وهذا يعم الطرفين قوله درأ وتعليلاً روى عن علي رضي الله عنه انه اتى برجل سرق من المغنم قدره عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا * * * * * قوله

(والمحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحفاظ) * قال العبد الضعيف رضى الله عنه المحرز لابد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لأحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحفاظ كمن جلس في الطريق 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) وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحفاظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتمت 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 محرز باحد الحرزين (ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله) لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختلف الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والحانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لا حراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحفاظ لان المسجد ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن المال محرز بالمكان بخلاف الحمام او البيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بنى للاحراز 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 * * * * *

قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحفاظ وهو الصحيح * وذكر في العميون على قول ابي حنيفة رحمه الله يقطع اذا كان ثمة حافظ وصورته رجل سرق من حمام فان كان صاحبه جالسا عليه فسل من تحته قطع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يقطع قال صدر الشهيد رحمه الله والفقهاء ابو الليث رحمه الله اختار قول محمد رحمه الله في الحمام ونحن نختار قوله ايضا اتباعا له قوله وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح لعله 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 الحاوى ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع قوله والمتاع تحته او عنده هو الصحيح * وقيل انما يكون محرز به في حال نومه اذا كان تحت جنبه او تحت رأسه فاما اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون محرز به في حال نومه * والصحيح انه يقطع بكل حال لان الاعتبار 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 رحمه الله سئل ابو القاسم عن حمل ثياب الوديعه 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 نام قاعدا اما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضرا اما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه في الحالين وقوله بخلاف ما ذكر في الفتاوى يمتثل الكل قوله لوجود الاذن عادة اي في الحمام او حقيقة في البيت الذي اذن في دخوله قوله وانما الاذن * * * * *

(ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع) لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها
ولان الدار وما فيها يد صاحبها معنى فنتمكن شبهة عدم الاخذ (فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من
مقصورة الى صحن الدار قطع) لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة (وان اغار انسان من اهل
المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) لما بينا (واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر
خارج البيت فلا قطع عليهما) لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه
والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد منهما * وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخرج
الداخل يده وناولها الخارج فاقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فغلبها
القطع وهي بناء على مسئلة تأتي بعد هذا انشاء الله تعالى * وان الفاه في الطريق وخرج فاخذه قطع
* وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة
كما لو اخذه غيره * ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع وليتفرغ لقتال صاحب
الدار اول الفرار * * * * * ولم

يختص بالنهار الا اذا كان بابه مغلقا فحينئذ يقطع في النهار ايضا وعن ابن حنيفة رحمه الله ان سرق
ثوبا من تحت رجل في الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده وعنهما انه لا
يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى لانه بنى للاحرار فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالمحافظة وقد اختلف الحرز
بالمكان بالاذن في الدخول فلا يقطع بخلاف المسجد لانه لم يبن للاحرار الامتعة والاموال فكان حرزا بالمحافظة للصحرار
قوله ومن سرق سرقة اى مالا فلم يخرجها من الدار لم يقطع ولو كان مكان السرقة غصب 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 اى حجر ومنازل وفي كل مقصورة سكان ويستغنى
اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار * وانما ينتفعون به انتفاع السكة فاخرجها من مقصورة الى صحن
الدار لان قطع الاخراج من الحرز قد وجد لان كل مقصورة حرز على حدة الا ترى ان على باب كل
مقصورة غلقا على حدة ومال كل محرز بمقصورتها قوله وان اغار انسان * في المغرب وفي رواية محمد
رحمه الله وان اعان انسان من اهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة اخرى فكله اصح وان
كان الاول اكثر * وفي مختصر الكرخي رحمه الله 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 اى وفرقوا الخيل واغار على العدو واخرجه من حيوته بهجومه
عليه قوله وهي بناء على مسئلة تأتي بعد هذا وهي من نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا يقطع
عند ابي يوسف رحمه الله لانه لا يشترط لهتك الحرز دخوله كما في الصندوق وشق الجوالق ولو وضع
الداخل المال عند النقب ثم خرج واخذ لم يذكر محمد رحمه الله والصحيح انه لا يقطع قيل ولو كان
في الدار نهر جار فرمى بالمتاع في النهر ثم خرج واخذ ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرج وان
خرج بتحريكه الماء قطع لانه اخرج كذا ذكره الامام التمر ناشى رحمه الله ولكن * * * ذكر

ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا اذا اخرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق (قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه (واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف رضى الله عنه هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وهما وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فتتم 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 ادى الى سد باب الحد (قال ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع) وعن ابي يوسف رحمه الله 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 فبالطريق يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطريق يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطرح للرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب * * * * * لانعكاس

ذكر في المبسوط 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 متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز ان يجعل مسقطا للحد عنه قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك اعتراض عليه يد معتبرة فوجب سقوط اليد الحكيمية للسارق ولم يسقط يد الحكيمية هنا قوله واذا دخل الحرز جماعة وانما وضع المسئلة في دخولهم لانهم اشتركوا وانفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالتقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف نفسه وان لم يعرف فعلهم 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 واحد منهم وان كان الاخذ عاقلا بالغا وفيهم صبي او مجنون فلا قطع على واحد منهم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله * وقال ابو يوسف رحمه الله يجب القطع الاعلى الصبي والمجنون * والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدرهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارا قوله وان طرصرة الطرار الذي يطر الهميان اي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدرهم يقال صررت الصرة اي شدتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي قوله وان طرصرة خارجة من الكم لم يقطع دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرد على عمومه بل هو محمول على ما اذا ادخل يدك في الكم فطرها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال قوله فلا يتحقق هتك الحرز وهو ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه قوله وينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم 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 الدراهم خارج الكم ظاهرة محمولة فكان الاخذ احد الدراهم من خارج الكم فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه وان * ادخل

لانعكاس العلة * وعن ابى يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه * قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبهه الجوائف (وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع) لانه ليس بمحرز مقصودا فنتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائى 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 الجوائف فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع (وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع) معناه اذا كان الجوائف فى موضع هرب ليس بمحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرز ابصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل * وذكر فى بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكّد ما قدمناه من القول المختار والله اعلم بالصواب * * * * *

فصل فى كيفية القطع واثباته

(قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل) * * *

وان ادخل اليد فى الكم انما ادخلها لحل الرباط لا لاخذ 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 ففى صورة الطر لا يقع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم وفى صورة حل الرباط يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم * واما اذا كان الرباط داخل الكم ففى صورة الطر يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم وفى صورة حل الرباط لا يقطع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم على ما ذكرنا قوله وانما قصده قطع المسافة اى فى حالة المشى او الاستراحة اى فى غير حالة المشى فلم يكن من قصده الحفظ فيكون المال محرزا بالكم ابصاحبه فاذا قطع الكم واخذ المال من خارج الكم لا يقطع لان هذا سرقة الحرز والقطع انما يجب بسرقة الحرز من الحرز فاشبهه الجوائف حيث يجب القطع بشقه واخذ المال منه ولا يجب منه بسرقة الجوائف اذا لم يكن له حافظ * القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر من قطر الماء صبه تقطيرا و قطرة مثل قطره واقطره لغة وقطر بنفسه سال قطرا وقطرا انا قوله لان الجوائف فى مثل هذا حرز يعنى فيما اذا كان للسارق خوى هجوم صاحبه * وذكر فخر الاسلام رحمه الله فى جامعه انما يعتبر الجوائف احرزا اذا خيف هجوم صاحبه فكل الجوائف حرزا ولا يكون محرزا لان الحرز اما بالحافظ او بالمكان والجوائف ليس بمحرز بالمكان ولا بالحافظ قصدا فلا يجب القطع بسرقة * والاصل فيه قوله عليه السلام لا قطع فى حريسة الجبل وهى شاة نتحرس فى الجبل للرعى لا يجب القطع وان كان الراعى حاضرا لان الراعى يقصد الرعى لا الحفظ فكان الحفظ تبعاً والتبع له شبهة عدم الحفظ وكذا مقصود القائف والسائق السوق والقود فيتمكن النقصان فى الحفظ فلا يجب القطع قوله او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكّد ما قدمناه من القول المختار هو اشارة الى قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح والله اعلم بالصواب * * * * *

فصل فى كيفية القطع واثباته

قوله الزند مفصل طرف الذراع فى الكفى * وقال الجوارح يقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للمجارحة من رؤس الاصابع الى الاباط * وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه لزوال تمكنه من البطش بها * قلنا هذا مخالف للنص فالتبى عليه السلام امر بقطع يد السارق من الرسغ ولان هذا القدر متيقن به وفى العقوبات انما يؤخذ بالمتيقن به * قوله

واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا الفصل اعنى الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند * والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضى الى التلف والحد زاجر لامتلف (فان سرق ثانيا قطعته رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رحمهم الله * وقال الشافعى رحمه الله في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمينية لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جنابية بل فرقها فتكون ادعى الى شرع الحد * ولنا قول على رضى الله عنه فيه انى لاستحسين من الله تعالى ان لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجى بها ورجلا يمشى عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضى الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى بما امكن جبوا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوى رحمه الله او نعمله على السياسة (واذا كلن السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمينية لم يقطع) لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا (وكذا اذا كانت رجله اليمينية شلاء) لما قلنا (وكذا ان كان ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام) لان قوام البطش بالابهام (فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع) لان قوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف قوت الاصبعين لانهما يتنزلان منزلة الابهام في نقصان البطش * * * * * قال

قوله واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه 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 كالخبر المشهور فيقيد اطلاق الكتاب به لورودهما في الحكم الواحد * والدليل عليه انه في المرة الثانية لانقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز العدول عنه الى غيره ولو كان النص متناولا لليد اليسرى لم يجوز ترك قطع اليد مع بقاء اليد والايدي وان كانت بلفظ الجمع فالاصل ان مانوحد من خلق الانسان يذكر تثنيته بعبارة الجمع قال الله تعالى فقد صغت قلوبكما 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 وخلد في السجن حتى يتوب * والمدة التى تظهر فيها التوبة مفوض الى رأى الامام * وقال بعضهم بحبس سنة * وقال بعضهم حتى يموت * وقيل علامة توبته ان يظهر سيما الصالحين في وجهه قوله ويروى مفسرا كما هو مذهبه روى ابو هريرة رضى الله عنه انه عليه السلام قال من سرق قطعت يده اليمينية فان عاد وسرق قطعت رجله اليسرى فان عاد وسرق قطعت يده اليسرى فان عاد وسرق قطعت رجله اليمينية قوله فحجهم اى غلبهم بالحجة فانعقد اجماعا ولم يحتج عليه احد بالنص في الباب فبان انه لانص فيه اذلو ثبت لبلغهم ولولبلغهم 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 كمن قال لآخر اعترف عبدا 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 الادنى اذ كل السرقات لم يرد اجماعا وبفعل واحد لا يقطع الايد واحدة وقد تعينت اليمينية اجماعا فخرجت اليسرى عن الارادة قوله والحديث * * * * * طعن

(قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد) وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفو * وقيل يجعل عذرا ايضا * له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها * قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد عفو * 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 للشبهة ولا يحنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير 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

طعن فيه الطحاوي فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها اصلا اشار بها الى مارواه الشافعي رحمه الله من الاحاديث في تصحيح دعواه هذه او يحمل على السياسة او على الانتساح لانه يحتمل انه كان هذا في الابتداء فقد كان في الحدود تغليظ في الابتداء الا ترى انه قطع الايدي والارجل من العرنيين وسمل اعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد كذا في المبسوط * الحداد الذي يقيم الحد يقال 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 اليسرى يد فلا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي رحمه الله **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 عفو الان الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر وهذا موضع اشتها لان كل واحد يميز بين اليمين واليسار **قوله** والخطأ في الاجتهاد موضوع بدليل قوله تعالى ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها فبازن الله اثبت الاذن فيهما مع ان الحق عند الله اهدما **قوله** وان كان في المجتهدين اي وان كان للاجتهاد فيه مجال تمسكا باطلاق النص وظاهره اذ ليس فيه ذكر اليمين لان المجتهد لا يعذر في عمد الظلم كالقاضي اذا تعمد الجور في حادثة **قوله** ولا يحنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف * فان قيل اليمينى لم يحصل له بسبب القطع بل كان حاصله له من قبل * قلنا اليمينى من حيث الاعتبار حصل له بقطع اليسرى لانها لما صارت على شرف الزوال فهي كالعائنة من حيث الاعتبار * فان قيل لو قطع رجله اليمينى يضمن وقد اتلف واخلف عوضا وهو اليد اليمينى * قلنا لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالتالى ليس من جنس الباقي وعلى هذه النكتة لو قطع غير الحداد لا يضمن **قوله** هو الصحيح احترام 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 رحمه الله * وانما خص ابا حنيفة رحمه الله 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 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 رحمه الله 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 للمغصوب منه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع * وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستضعف والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه * والشافعي رحمه الله بناه على اصله اذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة * ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة * مطلقا

قوله وفي الخطأ كذلك اي يجب ضمان المال على السارق على هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع هذا وعدم الضمان على الحداد لانه انلغ واخلف ما هو خير منه من جنسه لان سقوط الضمان في ضمن وجود القطع حد او على 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 والمستعير قوله ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا اي يشترط حضور المسروق منه ومطالبته بالسرقة في الشهادة والاقرار خلافا لابن ابي ليلى فيهما لان القطع خالص حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليها حسبة كالزنا * وللشافعي رحمه الله في الاقرار لان الشهادة تبتنى على الدعوى 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 علمائنا الثلاثة لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب قوله وكل من له يد حافظة كمتولى الوقف والاب والوصى قوله الا ان الراهن انما يقطع بخصومته * الاصح من النسخ قوله الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين اي حال قيام المرهون في يد السارق * ذكر في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن 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 قوله لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه اي 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 اي بدون قيام الرهن لان بالهلاك صار قاضيا دينه فلم يبق له حق فيه * وهذه الرواية ليست بصحيحة لان السارق انما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ولاية الاسترداد قبل قضاء الدين والشافعي رحمه الله بناه 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 للبد فلان لا يملكون الخصومة في الدعوى منهم اعادة للبد اولى * وزفر رحمه الله 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 وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا * * * * * قوله

مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الأذن 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 تنعقد موجبة في نفسه وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية حاجته اذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الأول او بعد ما درى الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول) لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع) وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة * وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا (واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه (وكذا اذا باعها المالك اياه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان السرقة قد ثبت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة * ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذا القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده * واذا

قوله مطلقا رد لقول زفر رحمه الله ان ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ لانهم انما يملكون الخصومة بحكم النيابة فيما فيه صيانة المال لا فيما فيه تفويت الصيانة ولو اظهرنا ولاية الخصومة في حق استيفاء القطع لاظهرنا فيما فيه سقوط الصيانة لانه يسقط عصمة المال عندنا ضرورة استيفاء القطع قلنا خصومتهم واقعة لانفسهم لان كل واحد منهم يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير لان لهم ولاية الحفظ وذاليتناى الا باعادة اليد ولان اليد مقصودة كالمالك وقد ازيلت فلهم حق الاعادة لان صاحب اليد ان كان امينا فلا يتمكن من اداء الامانة الاييده وان كان ضميئا فلا يتمكن من اسقاط الضمان من نفسه الاييده فكانت الخصومة له لا لغيره * ومن هذا خرج الجواب عن اشكال يوردهنا وهو ان الوكيل بالخصومة في السرقة اذا اقام البينة بالسرقة عند القاضى لا يقطع وان ظهرت السرقة عند القاضى بحجة شرعية بخصومة من هو قائم مقام المالك ويقطع بخصومة هؤلاء الما ذكر ان كل واحد من هؤلاء يخاصم لاعادة اليد الثابتة له الا ترى انه يستغنى عن اضافة الخصومة * فان قيل القطع عقوبة تسقط بالشبهة فلا تثبت بخصومة المودع كالعصاص * قلنا القطع واجب حقا لله تعالى اجماعا وانما شرطت الخصومة لبيان ان المال ليس للسارق ولكن لغيره ونحو المودع يملك هذه الخصومة لما بينا فيقطع لثبوت شرطه بخلاف العصاص لانه حق العبد والمودع قام مقام المودع ليعيد به التي كانت حقاله في الوديعة وليس في استيفاء القود اعادة اليد على الوديعة بل تصرف آخر وهو الانلاف فلم يثبت قوله فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعه عن محمد رحمهما الله فانه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المودع هكذا ذكر في المنتقى لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجوز ان يطالب بذلك غيره قوله وان كانت شبهة الأذن في دخول الحرز ثابتة كما لو حضر المودع وقال انه كان ضيفا عندي وهذا لان المؤثر شبهة يتوهم وجودها في الحال واما ما يتوهم اعتراضها لا يعتبر الا ترى ان القطع يستوفى بالافرار وان كان يتوهم اعتراض الرجوع * قوله لان الخصومة شرط لظهور السرقة اي بالبينة * قوله لانتهاء الخصومة

وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء (قال وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب) يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله اعتبارا بالنقصان فى العين * ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان فى العين لانه مضمون عليه فكميل النصاب عيننا وديننا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر غير مضمون فافتقرقا (واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقيم بينة) معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة * وقال الشافعى رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدى الى سد باب الحد * ولنا ان الشبهة درائة وتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبرا بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار (واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالى لم يقطعا) لان الرجوع عامل فى حق الراجع ومورث للشبهة فى حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة (فان سرقا ثم عاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر فى قول ابى حنيفة رحمه الله الآخر وهو قولهما) وكان يقول اولالا يقطع لانه لو حضر ربما يدعى الشبهة * وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا يعتبر نوهم حدوث الشبهة على ما مر * * * * * واذا

بمصول مقصودها المقصود من الخصومة استرداد المالى وظهور حق الله تعالى عند القاضى وقد حصل حيث اقام البينة عند القاضى فيكون منتهيا والشيء بانتهاه يتقرر والرد قبل المرافعة قاطع للخصومة لامنه والخصومة شرط ولم يبق لانه لا قضاء الا بعد ثبوت السرقة ولا ثبوت الا بالشهادة لعدم الاقرار ولا شهادة بلا دعوى ولا دعوى بعد ما وصل المسروق الى المسروق منه وانما يدعى القطع وهو اجنبى عنه ولا قطع بدعوى الاجنبى فكذا بدعواه ولو رده على ولده او ذى رحمه ان لم يكن فى عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع الى هؤلاء وان كان فى عياله لا يقطع لان يد من فى عياله كيد حكما ولهذا لا يضمن المستعير والمودع بالدفع اليه والوكيل بقبض الدين اذا وكل من فى عياله يبرء المديون بقبضه وكذا لورد على امرأته او عبده او اجيره مشاهرة او مسانحة ولو دفع الى والده او جده او والدته او جدته وليسوا فى عياله لا يقطع لان هؤلاء شبهة الملك بالنص فثبتت شبهة الرد وشبهة الرد كالرد 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 رقبة ومن سرق من العيال ورد الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق ايديهم فى ماله قوله واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة وقت الاستيفاء وهذا بخلاف رد المالى لانه يؤكد الخصومة السالفة وينهبا لمحصل المقصود فيبقى تقديرا فاما الهبة فتقطع الخصومة لانه ما كان يخاصم ليهب منه وثم انما يخاصم ليرد عليه وما يفوت مقصودا لشيء لا يكون منهيها له * فان قيل اذا تزوج بمن زنى بها محمد * قلنا اختلفت الروايات فيه وبعد التسليم الحد باعتبار ما استوفى وذلك متلاش وهنا وجب القطع باعتبار العين وهو باق 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 اى الشافعى رحمه الله وهو قوله لانه لا يعجز عنه سارق بدليل صحة الرجوع يعنى ما من مقر الا ويتمكن 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

اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع (قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت الى صاحبها) لبقائها على ملكه (وان كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك * وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه * والضمن حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي * ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستند الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفى القطع للشبهة وما يؤدي 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 انما المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان * * * لانه

قوله اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى اي 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 اي على اصلكم فان عنده لا يجب ضمان الخمر بالاستهلاك وان كانت للذمي قوله لانه اي لان السارق يتملكه باداء الضمان مستند الى وقت الاخذ كما في الغصب وعن هذا قالوا ان هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في الغصب قوله وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفى يعني ان وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع وانتفاء القطع غير منتفى فيبقى الضمان بالضرورة لان انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم قوله اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفى القطع لان الحرمة لحق العبد لا يوجب حرمة عينه وما كان حلالا في نفسه لا يصح سببا للعقوبة كشراب عصير الغير واخذ ماله غضبا انما المراد 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 فعليه لاقى عصمتين عصمة الله تعالى وعصمة العبد فكان جنابيتين كما في القتل خطأ تجب الكفارة والدية وفي قتل صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء والقيمة 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 بشرب الخمر صيانة لعقله والضمان بانلاف مال متقوم للذمي جبرا لحقه وهنا الجنابة متحدة لانه محلها العصمة وهي واحدة وقد صارت لله تعالى فلم يبق للعبد والجنابة الواحدة متى اوجبت جزاء الفعل كملا لا يوجب بدل المحل كقطع اليد قصاصا لا يجب معه بدل المحل وهو الارش ولكن هذا لا يتقرر بالاستيفاء القطع لان ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى القطع تبين ان العصمة كانت له فلا يضمن والاطهر 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

لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتهاء المماثلة (قال ومن سرق سرقات قطع في احد بها فهو لجميعها ولا يضمن شيئاً عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يضمن كلها الا التي قطع لها) ومعنى المسئلة اذا حضر ادهم فان حضروا جميعا وقطعت يده بخصوصتهم لا يضمن شيئاً بالانفاق في السرقات كلها * لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة * وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضى اما الوجوب بالجناية فاذا استوفى فالمستوفى في كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل * وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد فخاصم في البعض والله اعلم بالصواب * * * * * باب

باطل ايضا لان السرقة زمان الوجود ليست بموجودة فكيف يثبت الحكم وقت الوجود * قلنا ينتقل قبيل السرقة شرطا لصيرورة الجناية على حقه مع ضرورة استيفاء الحد الذي هو حقه كما يثبت الملك في قوله اعترف عبدك عنى على الف فقال اعترفت ضرورة صحة العتق اقتضاء * ولهذا قلنا في رواية يضمن بالانلاف لان العصمة انما تسقط ضرورة فتظهر في فعل السرقة دون غيرها اذا الثابت ضرورة لا يعدو موضعها والانلاف فعل آخر فلا يظهر في حقه فيضمن كما لو اتلف غيره وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الانلاف اذ لا حاجة الى نقل العصمة في حق الغير فيبقى معصوماً حقاً للعبد نظراً الى الغير فيضمن قوله لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتهاء المماثلة اى سقوط العصمة في حق الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في الهلاك لانتهاء المماثلة بين المملوك المسروق وبين الضمان لان الضمان مال معصوم حقاً للعبد في حالتي الهلاك والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقاً في حالة الاستهلاك فقط فاذا انتفى المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العبد وان مشروط بالمماثلة بالنص * وروى هشام عن محمد رحمه الله ان السارق لا يضمن في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يفتى بالضمان لان المسروق منه قد لحقه الخسران والنقصان من جهته بسبب هو متعمد فيه ولكن تعذر على القاضى القضاء بالضمان لما ذكرنا فيفتى برفع النقصان الذي لحقه من جهة السارق فيما بينه وبين ربه كذا في المبسوط * وذكر في الايضاح قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحمل للسارق ان ينتفع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذلك اذا خاطه قميصاً لم يحمل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محذور وقد تعذر ايجاب الضمان فلا يطلق له الانتفاع وهذا كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان واخذ شيئاً من اموالهم لم يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان ويفتى بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الحربي اذا اخذ شيئاً 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 سبباً 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 بحد واحد قوله فاذا وجد القطع وقع عن الكل فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم باذلالاً لئلا يصح البذل من واحد عن الكل * قلنا بذل المال لسقوط عصمته امر شرعى ثبت بناءً على استيفاء القطع لا باعتبار العبد الا ترى انه يستوفيه من يملك البذل ومن لا يملكه كالأب والوصى والله اعلم بالصواب * باب

باب ما يحدث السارق في السرقة

(ومن سرق ثوبا فشقه في البار بنصفين ثم اخرجوه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع) لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك 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 البدل في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفوس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لا فائدة للملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستند الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فأورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لا لعدم 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 ذهباً او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه) وهذا عند ابيحنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لا يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه * * * * * فان سرق

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله ثم اخرجوه 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 انعقاد سبب الملك فان سبب الملك لولم ينعقد لما وجب التملك بكرة 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 كنفوس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا 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 انلافا لم يقطع لانه استقر الضمان وانه ينفي القطع * وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع كذا في الايضاح * وذكر الامام التمر تاشى رحمه الله في حد الاثلاف 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 لثوب ما والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة كذا ذكره الامام التمر تاشى 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 او جبت مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان * قلنا انما لا يجتمعان كيلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبطل المحل في جنابة واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء قوله يجب فيه القطع من صورة المسئلة اي سرق ذهباً او فضة يجب فيه القطع بان يساوي عشرة دراهم قوله فلم يملك عينه اي عين المسروق وهو الذهب والفضة وانما ملك المضروب * * * * * قوله

(فان سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فيه لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله 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 مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين) يعنى عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله هذا والاول سوا * لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رحمه الله زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة رحمه الله السواد نقصان فلا يوجب انتطاع حق المالك والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب — قطع الطريق

(قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان يأخذوا ما لا يقتلوا 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 تباع قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا ما اقتلهم الامام حدا) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية * والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال * * وهي

قوله فرجحنا جانب السارق * فان قيل لو انتطع حق المالك يملكه السارق من حين صبغه فيجب ان يمتنع القطع * قلنا انما يوجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه بوجه من الوجوه فصار كحظنة طعنها السارق يجب القطع وان ملك الدقيق لان القطع انما يجب بسرقة الحظنة وبالطعن يملك الدقيق دون الحظنة * تحقيقه ان ثبوت المالك للسارق لرجحان الصنع لكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون المالك ثابتا قبله قوله فاستويا من هذا الوجه اى من حيث ان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا اى ما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما فان الثوب باقى بنفسه والصبغ باقى بالثوب بقوله وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعنى مذهب ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فعند ابي حنيفة رحمه الله السواد نقصان وليس بزيادة والمسروق اذا انتقص عند السارق لا ينتطع حق المسروق منه فله ان ياخذ الثوب ولا يعطى شيئا وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد زيادة لكن محمد رحمه الله لا يقول بانقطاع حق المالك بمثل هذه الزيادة كما في الحمرة فيأخذ ويعطيه ما زاد الصبغ فيه كما في الحمرة و ابو يوسف رحمه الله يقول ينتطع حق المالك ولا سبيل عليه كما في الحمرة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب — قطع الطريق

اعلم بان قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى اما سميتها سرقة لان قاطع الطريق يأخذ المال خفية وسرا من اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقام المالك واما سميتها بالكبرى لان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى ينخص الملاك باخذ ملكهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قاطع الطريق كذا في المحيط قوله واذا خرج جماعة اطلق اسم الجماعة ليتناول المسلم والكافر والحر والعبد * * * * * وذكر

وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللافق تغلظ الحكم بتغلظها * اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفى المذكور لانه نفى 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 بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمى لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيبلا يستباح طرفه الابتناوله ماله خطر * والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيبلا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة * والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (ويقتلون حد احتى لوعقا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم) لانه حق الشرع * والرابعة (اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم او صلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم) * * * * *

* وذكر في المبسوط واذا قطع قوم من المسلمين او من اهل الذمة على قوم من المسلمين او من اهل الذمة ممنوعين اي متقوين بانفسهم بحيث يمنعون تعرض الغير عن انفسهم او واحد بقدر على الامتناع اي على التقوى ومنع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته قتلهم الامام حدا حتى لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسقط ضمان المال المأخوذ حقا للعبد والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذي يحاربون الله ورسوله الاية اي يحاربون اولياء الله على حدى المضاق لان احدا لا يحارب الله ولان المسافر في البرارى في امان الله تعالى وحفظه متوكلا عليه فالمتعرض له كانه يحارب الله تعالى * والمراد منه التوزيع على الاحوال كانه قال ان يقتلوا ان قتلوا آلخ لا التخبير كما قال مالك رحمه الله متشبثا بظاهر الاية او ثبت ذلك بقوله عليه السلام من اخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن اخذ المال وقتل صلب قوله وهي اربعة وذكر الامام التمر تاشي رحمه الله فالاحوال خمس * احدها خوفوا لاغير وهنا عزروا ادنى التعزير وهبوسوا حتى يتوبوا * والثانية اخذوا الاموال وفي هذا اذا تابوا قبل ان يؤخذوا ثم اخذوا لم يحسبوا ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك ولو اخذوا قبل التوبة قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف يعنى اليد اليمنى والرجل اليسرى وردوا المال القائم ويسقط ضمان الهالك * والثالثة جرحوا لاغير وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص والارش فيما لا يجرى والاستيفاء الى صاحب الحق * والرابعة اخذوا المال وجرحوا وهنا يقطع ايديهم وارجلهم من خلاف وبطل حكم الجراحات لان حكم ما دون النفس حكم الاموال فيسقط * والخامسة * اخذوا المال وقتلوا او قتل احدهم رجلا بسلاح او غيره * فالخمس هناللامام على ما هو المذكور في الكتاب قوله اما الحبس في الاولى اي في الحالة الاولى وهي ما اذا اخذوا قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا فلانه المراد بالنفى المذكور في الاية * وقال الشافعى رحمه الله المراد من النفى الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له قوله وشرط كمال النصاب وقال مالك رحمه الله المعتبر ان يكون المأخوذ في نفسه نصابا كاملا سواء اخذه الواحد او الجماعة وهكذا مذهبتنا في السرقة الصغرى * وقال الحسن بن زياد رحمه الله الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعد الان 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 ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء قوله كيبلا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء * * * * * او مقطوعة

(قال محمد رحمه الله 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 نفويت الامن على التنهاى بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معافي الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لافي حد واحد * ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية * وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود به التشهير ليعتبر به غيره * ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه ثم (قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت) ومثله عن الكرخي رحمه الله وعن الطحاوي رحمه الله انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة * وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به (قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام) لانه يتغير بعد فيتأذى الناس به * وعن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره * قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهية غير مطلوبة (قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه) اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فان باشر القتل احدهم اجرى الحد عليهم باجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردة للبعض حتى اذا زالت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق (قال والقتل وان كان بعصا او بنجر او بسيف فهو سواء) لانه يقطع قطعاً للطريق بقطع المادة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً او قد 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 فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقاً لله سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال (وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمداً فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا عفوا عنه) لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة * * * * * للاستثناء

او مقطوعة لم يقطع رجله اليمنى واما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة يقطع رجله اليسرى كذا ذكره الامام التمر ناشي رحمه الله تعالى عليه **قوله** وقال محمد رحمه الله تعالى عليه يقتل او يصلب وفي عامة الروايات قول ابي يوسف مثل قول محمد رحمه الله **قوله** لانه جناية واحدة وهي قطع المارة عن الطريق **قوله** كحد السرقة والرجم يعني ان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرمج لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله **قوله** والتداخل في الحد ودلا 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 يطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب في اجراء حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل كالزاني اذا ضرب خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقى لانه لا فائدة في اقامته كذا في المبسوط **قوله** وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمداً فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا عفوا عنه وكذلك ان اخذوا قبل التوبة وقد قتلوا او جرحوا عمداً ولكن ما اخذوا من الاموال شيء نافه او لا يصيب كل واحد منهم نصاب فالامر في القصاص في النفس وغيرها الى الاولياء فان شاءوا استوفوا وان شاءوا عفوا * وقد طعن عيسى رحمه الله في هذه المسئلة وقال يقتلهم * * * * * الامام

لما بينا (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه) وهي
مستئلة القتل بالثقل وسنينه في باب الديات ان شاء الله تعالى (وان خنق في المصر غير مرة قتل
به) لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله تعالى اعلم بالصواب * * *

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 الفريضة فلقوله تعالى
فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا
وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لا عزاز دين الله ودفعت الشر
عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقيين كصلوة الجنائز ورد السلام * * * وان لم

وعن ابي يوسف رحمه الله في المصر وفيما بين القرى ان قطعوا بالسلاح حدوا وان قطعوا بحجر او
بخشب نهارا لا وان كان ليلا حدوا لان السلاح لا يلبث فلا يحرقه الغوث واما الخشب والحجر فيلبث
فيدركه الغوث وقيل الغوث بالليلي فالامر ان فيها على التساوي قوله لما بينا اشارة الى قوله قبله لانه
لا حد في هذه الجنابة فظهر حق العبد قوله ومن خنق بالتخفيف والله تعالى اعلم بالصواب *

كتاب السير

السير هي جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في
مغازيه * وفي المنشور السير جمع سيرة وهي فعلته من السير وقد يراد به السير الذي هو قطع
الطريق وقد يراد به السنة في المعاملات يقال سار ابو بكر رضي الله عنه بسيرة رسول الله صلى
الله عليه وسلم وسميت المغازي سير الان اول امورها السير الى العدو وان المراد 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

فوصفوها بصيغة الذكر لقيامها مقام المضاف

الذي هو الكتاب كقولهم صلى الظهر

والسير الكبيرة خطأ كجامع

الصغير وجامع الكبير

قوله

* *

(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 التغير 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 وآخره الى التغير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل (وقتال الكفار واجب وان لم يبدوا) للعمومات (ولا يجب الجهاد على الصبي) لان الصبي مظنة المرحمة (ولا عبد ولا امرأة) لتقدم حق المولى والزوج (ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع) لعجزهم (فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى) لانه صار فرض عين ومملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل التغير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج * * * * * قال

قوله وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لانه انما سقط الفرض عن الكل لحصول الكفاية بالبعض فاذا لم يحصل هذا المعنى تعين الفرض على كل الناس * وانما شرط في ذلك من كان فيه غنى ورفاع لان من لا ينتفع به عاجز عن اقامة الفرض والتكليف لا يتأتى مع العجز كما في سائر العبادات كذا في الايضاح قوله فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية * قيل خفافا في التغير لنشاطكم وثقالا عنه لمشقة عليكم * وقيل خفافا من السلاح وثقالا عنه * وقيل ركبانا ومشاة * وقيل مهازيل وسمانا * وقيل عزابا ومتأهلين * وقيل شبانا وشيوخا * وقيل مشاغبل وغير مشاغبل * وقيل اغنياء وفقراء * وقيل خفافا الى المنازل وثقالا في المصابرة * فان قيل هذه الآية باطلاتها تدل على ان يكون الجهاد من فروض الاعيان في جميع الاحوال لانها غير مخصصة بالتغير فما وجه التخصيص بالتغير العام مع ان العبرة لعموم اللفظ * قلنا عرف كون الجهاد من فروض الكفاية فيما اذا لم يكن التغير عاما بآية اخرى والسنة وشيء 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 فقد صح 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 قوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد باول الكلام الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة اذ الاستثناء نكلم بالباقي بعد الثنيا فكان بمجموعه اشارة الى الوجوب وآخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم اشارة الى انتهاء حكم السعة * وذكر في الذخيرة فاذا جاء التغير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فاما من ورائهم يبعد من العدو فهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه اذا لم يحتاج اليهم اما اذا احتيج اليهم بان عجز من كان يقرب من العدو من المقاومة مع العدو او لم 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 التدرج * ونظيره الصلوة على الميت فان من مات في ناحية من نواحي البلدة فعلى جيرانه واهل محلته ان يقوموا باسبابه وليس على كل من كان يبعد من الميت ان يقوم بذلك وان كان الذي يبعد من الميت يعلم ان اهل المحلة يضعون حقوقه او يعجزون عنه كان عليه ان يقوم بحقوقه كذا هنا * ثم يستوى ان يكون المستنفر عدلا او فاسقا يقبل خبره في ذلك

قوله وقتال الكفار واجب * * * * * اي

(قال ويكره الجعل على القتال ما دام للمسلمين في) لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال يعد لنواب المسلمين (قال فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا) لان فيه دفع الضرر الاعلى بالمخاف الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رضى الله عنه كان يغزى الاعزب عن ذى الحليفة ويعطى الشاخص فرس القاعد والله تعالى اعلم بالصواب

باب — كيفية القتال

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام) لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام (فان اجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال النبي عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا آله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية) به امر رسول الله عليه السلام امراء الجيوش لانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالرتدين وعبدة الاوثان من العرب لافائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون (فان بذلوا فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) لقول على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماءهم كدمائنا واموالهم كاموالنا * * * * * والمراد

اي الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام وعن اداء الجزية وان لم يبدؤا وانما ذكر هذا لان ظاهر قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالمقاتلة وليس كذلك بل يجب مقاتلتهم وان لم يبدؤا * اعلم ان رسول الله عليه السلام كان مأمورا في الابتداء بالصفح والاعراض عن المشركين قال الله تعالى فاصفح الصفيح الجميل وقال الله تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن قال الله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداءة منهم فقال اذن للمؤمنين 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 بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن كلها قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكره الجعل اراد بالجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد قوله فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا لانه اعانة على البر وجهاد بالمال وكلاهما منصوبان واحوال الناس في الجهاد يتفاوت * فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما * ومنهم من يقدر عليه بالنفس 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 والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب — كيفية القتال

قوله فحاصروا مدينة او حصنا حاصروا العدو محاصرة وحصار اذا ضيقوا عليه واحاطوا به مدن الرجل بالمكن اقام ومنه سمي المدينة والحصن بالكسر كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة اكبر من الحصن قوله على ما نطق به النص وهو قوله تعالى * * * * * قاتلوا

والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء 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 آله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لاعلى سلب الاموال وسبى الذراري فلعلمهم يجيبون فنكفي مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولاغرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة) مبالغة 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 يغبر على ابني صباها ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة (قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم) 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 لاولياءه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال (ونصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله عليه الصلوة والسلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة (قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم) لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا (ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر) لان في الرمي دفع الضرر العام بالذنب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه (وان ترسرا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم) * * * * * لها

قاتلوا الذين لا يؤمنون ولا باليوم الآخر الى ان قال حتى يعطوا الجزية قـوله والمراد بالبذل القبول بطريق اطلاق اسم المسبب على السبب اذ القبول سبب البذل لانه مفض اليه وهذا كما في قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكاة اى قبلوا قـوله وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن اراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية قـوله فنكفي مؤنة القتال بالنون على بناء المفعول قـوله للنهي وهو ما روى انه عليه السلام قال لعلى رضى الله تعالى عنه ولا تقاتل قوما حتى تدعوهم الى الاسلام لان يهوى الله تعالى احد اعلى يدريك خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت قـوله ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين اى عند الشافعى رحمه الله او الاحراز بالذراري عندنا * وقال الشافعى رحمه الله يضمن لحرمة القتل * قلنا العاصم عندك هو الدين ولم يوجد ومجرد حرمة القتل لا يكفي لوجوب الضمان كما في قتل النساء والصبيان وعندنا الاحراز بالدار ولم يوجد * ابني بوزن حبلى موضع بالشام * البويرة بوزن لفظ مصغر الدار موضع قـوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير * وقال الحسن بن زياد اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف 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 ومدابنهم قل ما يخلو 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 قـوله عن بيضة الاسلام اى مجتمعة للشبه المعنوى بينها وبين بيضة النعامة وغيرها وهو انها * * * * * لها

لما بينا (ويقصدون بالرعى 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 الخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه * اما الجهاد بنى على اتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان (قال ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكريا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقول عليه السلام لانسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجافز يخرجون في العسكر العظيم لاقامة عمل يلقى بهن كالتبخ والسقى والمداواة فاما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمه فان كانوا لابد محرجين فبالاماء دون الحرائر (ولانقاتل المرأة الاباذن زوجها ولا العبد الاباذن سيده) لما بينا (الا ان يهجم العدو) للضرورة (وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا) لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا * والغلول السرقة من المغنم * والغدر الخيانة ونقض العهد * والمثلة المروية في قصة العرنبيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانبا ولا مقعدا ولا اعمى) لان المبيع للقتل عندنا هو الحرب ولا يتحقق منهم * ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف * * * * * والشافعي رحمه الله

مجتمعة كما ان تلك مجتمع 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 رحمه الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرعى الكافر فيصيب المسلم وانا نقول اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله 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 مفرج اى مبطل * قلنا خص عن هذا الحديث قاتل قطاع الطريق والبغاة فبخص المتنازع فيه لضرورة اعلاء كلمة الله قوله بخلاف حالة الخمصة اى يجب الضمان اذا اكل مال الغير حالة الخمصة وهذه هي التي قاس عليها الحسن بن زياد فقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة الخمصة يطلق لمكان الضرورة فيجب الضمان هذا بخلاف حالة الخمصة 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 المولى والزوج قوله والمثلة المروية في قصة العرنبيين منسوخة بالنهي المتأخر قال عليه السلام لا تمثلوا بنامية الله تعالى اى بخلف الله تعالى * وروى عن عمر ان بن الحصين رضى الله عنه انه قال ما قام رسول الله عليه السلام فينا خطيبا بعد ما مثل العرنبيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة كذا في المبسوط قوله ولا شيخا فانبا ذكر في النخيرة * * * * * هذا

* والشافعي رحمه الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيع عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى من قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كنت 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 مجنوننا) لانه غير مخاطب الا ان يقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داموا بقائلا وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه * وان كان يجن وبفيق فهو في حال افاقته كالصحيح (ويكره ان يبتدىء الرجل اباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياءه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في اثناءه (فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المآثم * وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شرب الاب المسلم سيفا على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله تعالى اعلم بالصواب

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 * ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به * * * * *

هذا الجواب في الشيخ الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفيين ولا يقدر على الاحبال لانه اذا كان قادرا على الاحبال يحبس منه الولد فيكثر من يحارب المسلمين قوله والشافعي رحمه الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ والمقعد الى قوله والحجة عليه ما بينا اشارة الى قوله واهذا لا يقتل يابس الشى اى لو كان نفس الكفر علة لقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف قوله والذراري اى النساء ههنا قوله هاهى كلمة تعجب قوله الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى في الحرب وقد صح 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 يقصد به بالقتل * ولا ينبغي ان يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه ياجبه الى موضع يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله ولو كان المشرك اخاه له ان يبتدىء بقتله * فان قيل قد سوى بين الاخ الباغي والاب الباغي حتى لا يجمل للعادل ان يبتدىء كل واحد منهما بالقتل فلم فرق هنا بينهما * قلنا الاخ اذا كان مسلما يجب احياءه بالانفاق عليه وكذا يجب احياءه بالكف عن قتله وان كان باغيا واذا كان كافرا لا يجب احياءه بالانفاق عليه فكذا لا يجب احياءه بالكف عن قتله بخلاف الوالدين فانه يجب احياءهما اذا كانا كافرين بالانفاق عليهما فكذا يجب احياءه بالكف عن قتلهما والله تعالى اعلم بالصواب * *

باب — الموادعة ومن يجوز امانه

قوله واذا رأى الامام ان يصلح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين * فلا

ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك
 الجهاد صورة ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصالح انفع نبيذ اليهم الامام وقائلهم) لانه عليه السلام
 نبيذ الموادعة التى كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصاحبة لما تبدلت كان النبيذ جهادا وايفاء العهد ترك
 الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبيذ تحريزا عن الغدر وقد قال عليه السلام فى العهود وفاء لا غدر
 ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبيذ الى جميعهم ويكتفى فى ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد
 علمه بالنبيذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفى الغدر (قال وان بدوا بخيانة قائلهم ولم
 ينبيذ اليهم اذا كان ذلك بانفاقهم) لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل
 جماعة منهم فقطعوا الطريقى ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقائلوا المسلمين
 علانية يكون نقضا للعهد فى حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان
 باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه بانفاقهم 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 لما بينا من قبل * والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا
 بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه فى معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يجمسها
 ويقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى (واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظروا فى امرهم) لان
 الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فى اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم
 لما نبين (ولو اخذه لم يرد) لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال
 يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنيا والحق المذلة باهل الاسلام * * الا

فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولا يجرب عليه لان الصالح انما شرع نفعا فى حق
 المسلمين فلو وجب لصار حقا عليهم فينقلب الحكم على عكسه وهذا كالاصل ما شرع حقالنا فلو وجب لصار حقا علينا * فان
 قيل الآية عامة تقتضى ان لا يكون فى المصاحبة باس سوا كانت مصاحبة او لم تكن وقد قيدت بالمصاحبة * قلنا هذه
 الآية محمولة على ما اذا كانت فى المصاحبة مصاحبة للمسلمين بدليل آية اخرى وهى قوله تعالى فلا
 تنهوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا يلزم التناقض لان موجب
 الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصاحبة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكر فى الكتاب قوله
 ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهى عشر سنين فكانت هذه المدة من المقدرات التى لانتمنع الزيادة
 والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصاحبة وهى قد تزيد وقد تنقص قوله لتعدى المعنى
 وهو دفع الشر لما انه يحتمل ان يكون مصاحبة المسلمين فيما زاد على عشر سنين بخلاف ما اذا لم يكن
 خيرا حيث لا يجوز للامام ان يوادعهم لقوله تعالى فلا تنهوا وتدعوا الى السلم ولان قتال المشركين
 فرض وترك ما هو فرض من غير عذر لا يجوز قوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى اما صورة فظاهر
 حيث ترك القتال واما معنى فانه لما لم تكن فيه مصاحبة للمسلمين لم تكن فى تلك الموادعة دفع الشر فلم
 يحصل الجهاد معنى ايضا قوله لما بينا من قبل ان المقصود من الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى لاسلب
 الاموال الا ان اخذ المال يجوز لحاجة المسلمين كالجزية قوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اى اذا لم
 ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب قوله ولو اخذ لم يرد عليهم لانه مال غير معصوم وفى الرد
 عليهم معونة لهم على القتال * * * * * قوله

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 وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك * وكذا الكراع لما بينا * وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانه على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس فى الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يدير اهل مكة وهم حرب عليه والله تعالى اعلم بالصواب

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 يسعى بذمتهم ادناهم اى اقلهم وهو الواحد * * * * * ولانه

قوله الا اذا خاف الهلاك اى اذا خاف الامام الهلاك على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذ لا بأس ان يفعله لما روى اى المشركين لما احاطوا بالحنديق وصار المسلمون كما قال الله تعالى هنالك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلزلا شديدا بعث رسول الله عليه السلام الى عيينة بن حصين وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله عليه السلام قام سيد الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عباد رضى الله عنهما وقالوا يا رسول الله عليه السلام ان كان هذا وحيا فامض بما امرت به وان كان رأيا رأيتك فقد كنا نحن وهم فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطعمون فى ثمار المدينة الا شراى او قرى فاذا اعزنا الله تعالى فى الدين وبعث فينا رسوله نعطيمهم الدينية لانعطيهم الا بالسيف فقال عليه السلام انى رأيت العرب رمتمكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ايتم ذلك فانتم وذلك اذهبوا ولا نعطيكم الا بالسيف فقد مال رسول الله عليه السلام الى الصلح فى الابتداء لما احس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال سعدان امتنع من ذلك * وقد كان رسول الله عليه السلام يعطى الموافقة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل انه لا بأس بذلك عند خوف الضرر كذا فى المبسوط قوله لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن وفى هذا التعميم شبهة وهى انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بقتل غيره لا يجب عليه دفع الهلاك عن نفسه بقتل غيره بل الصبر عن قتل الغير واجب لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بالزنا فكان معنى المذكور فى الكتاب لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن سوى المستثنيات التى لا اباحة فى مباشرتها اورخص فيها ولم يجب الاقدام عليها يقال ماراهله اى اتاهم بالطعام والله اعلم بالصواب * * * * *

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 اى يتساوى فى حكم القصاص والدية لافضل لشريف على وضع فيكون دليلا على مساواة العبد الحر فى حكم القصاص ويسعى بذمتهم ادناهم اى اقلهم لانه يذكر الأدنى ويراد الاقل قال الله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكبر ويقال ادنى الجمع ثلثة ثم المراد من الاقل ههنا الواحد لانه لا اقل منه * وسئل محمد رحمه الله 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 فى المبسوط * * * * * قوله

فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقيق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصاحبة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول * ولا يخيفه رحمة الله تعالى عليه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الايمان محله بخلاف المأذون له في القتال لان الخوف متحقق ولانه انما لا يملك المسابقة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخاطب بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضى به والخطا نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه تقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسائلهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا ولو آمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان مأذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

باب — الغنائم وقسمتها

(واذا فتح الامام بلدة) * * * * * عنوة

قوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة يشير الى قوله ولانه مؤمن ممنوع فيصح جعل كونه مؤمنا ممنوعا علة لصحة امانه يعنى انما شرط الايمان لان الجهاد عبادة والكافر ليس باهل لها وشرطنا الامتناع اى كونه ذا امتناع وقوة ليكون الايمان من محله وهو الذى يخاف منه بخلاف امان الاسير او التاجر الذى فى ايديهم حيث لم يصح لانهم لا يخافونه قوله والتأثير اعزاز الدين اى الفائدة فى هذا الايمان اعزاز الدين واقامة المصاحبة لجماعة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة اى 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 قوله وفيه ما ذكرناه اى فى امان العبد المحجور ما ذكرناه فى قتاله من انه تصرف فى حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر فى حقه قوله فهى بمنزلة الدعوة اليه اى الايمان المؤبد بمنزلة الدعوة الى الاسلام وللعبد ولاية عرض الاسلام على غيره قوله واسقاط الفرض نفع محض فيصح منه كقبول الهبة والصدقة والامان يتردد بين النفع والضرر ولهذا لا يفترض الاجابة اليه والتصرف الذى فيه توهم الضرر فى حق المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فما فيه الضرر به وبالمسلمين ببطلان حقهم فى الاستغنام اولى ان لا يملكه بنفسه والله اعلم بالصواب * * * * *

باب — الغنائم وقسمتها

الغنيمة عن ابي عبيدة ما نيل من اهل الشرك عنوة والحرب قائمة * وحكمها ان يخمس وسائر ما بعد الخمس للغنائم خاصة * والفقهاء ما نيل منهم بعد ما يضع الحرب اوزارها ونصير الدار دار الاسلام * وحكمه ان يكون لكافة المسلمين ولا يخمس * والنفل ما ينقله لغزى اى يعطاه زائنا على سهمه وهو ان يقول الامام او الامير من قتل قتيلاً فله سلبه او قال للسرية ما اصبتهم فهو لكم او ربعه او نصفه ولا يخمس وعلى الامام الوفاء به * وعن على بن عيسى الغنيمة اعم من النفل والفقهاء اعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من اموال اهل الشرك * قال ابو بكر الرازى رحمه الله فالغنيمة فى الجزية فى مال * * * * * اهل

(عنة) اى قهرا (فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين) كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر (وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الحراج) كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضى الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير * وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثانى وهذا في العقار * اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعى رحمه الله لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والحراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما روينا * ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين يأنون من بعد والحراج وان قل حالا فقد جل ما لا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن الكراهة * * * * *

اهل الصالح في الحراج في ذلك كله مما افاء الله على المسلمين من المشركين وعند الفقهاء كل ما يحل اخذه من اموالهم فهو في قوله عنة اى قهرا * العنة الذلة والخضوع وقوله قهرا ليس بتفسير لها لان عنى لازم وقهر متعمد بل بطريق المجاز لان من الذلة يلزم القهر قوله كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر هذا الفعل منه ليس يجتم والامام خالفه عمر رضى الله عنه قوله بموافقة من الصحابة وهو ماروى انه لما استولى على العراقيين والسواد شاور الصحابة رضى الله عنهم في اراضيها * فقال بعضهم هي غنيمة فاقسمها 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 استغننى به عن رأيكم فانه قال والذين جاؤا من بعدهم الآية فلو قسمتها بينكم فما يكون لمن يجىء بعدكم فانفقوا على ذلك الاعدد يسير منهم بلال رضى الله عنه قوله ولم يحمد من خافه كبلال واصحابه رضى الله عنهم فروى انه قال على المنبر اللهم اكفنى بلا لا واصحابه فما حال الحول حتى ماتوا * فان قيل كيف ينعقد الاجماع مع خلافهم * قلنا لا نعتبر خلافهم مع اجماع اهل الفقه لانهم اصحاب الظواهر قوله وفي كل من ذلك قدوة اى 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 اى على من هبنا لا لانا نقول بثبوت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بل نقول بثبوت الحق للغانمين قوله او ملكهم اى على من هب الشافعى رحمه الله فانه يقول يثبت الملك لهم بنفس الاصابة قوله بخلاف الرقاب فالحق لم يتأكد في رقابهم الا ترى ان له ان يقتلهم فكذلك يكون له ان يمن على رقابهم بجزية يأخذها قوله والحجة عليه ما روينا اى من فعل عمر رضى الله عنه قوله ليخرج عن حد الكراهة * ذكر الامام التمر تاشى رحمة الله تعالى عليه 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 تربيته العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضى * * * * *

(قال وهو في اسارى 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 احرارا ذمة للمسلمين) لما بينا (الا مشركى 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 لاندفاع الشر بدونه (وله ان يسترقهم) توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد. السبب بعد (ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال يفادى بهم اسارى المسلمين) وهو قول الشافعى رحمه الله لان فيه تخلص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حربيه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى في ايديهم كان ابتلاء في حق غير مضاف اليها والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف اليها اما المفادات بمال نأخذهم منهم لا يجوز في المشهور من المنز هب 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 (قال ولا يجوز المن عليهم) اى على الاسارى خلافا للشافعى رحمه الله تعالى عليه فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر * ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والعسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض * وما رواه منسوخ لما

تلونا (واذا اراد الامام العرد ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) * وقال الشافعى رحمه الله يتركها لانه عليه السلام 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 كتحريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه بخلاف العقر لانه مثله وتحرق الاساحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطالع عليه الكفار ابطلا للمنفعة عليهم * * ولا

قوله وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا اشارة الى قوله كذلك فعله عمر رض الله عنه بسواد العراق * فان قيل ينبغى ان لا يثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى واقتلواهم حيث وجدتموهم * قلنا خص من هذه الآية اهل الذمة والمستأمنون والنساء وغير ذلك فيختص المتنازع فيه عنهما بفعل عمر رض الله عنه قوله ولا يفادى بالاسارى المفادات بين الاثنين فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه اى لا تؤخذ فدية بمقابلة اطلاق الاسارى التى في ايدي المسلمين * فعند الشافعى رحمه الله حكمهم احد الاربعة القتل والاسترقاق والفداء بالمال او بالاسارى والمن * وعندهما احد الامور الثلث الاولان والفداء بالاسارى * وعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه احد الامر بين الاولين قوله لما بينا اشارة الى قوله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا قوله ولا يجوز المن عليهم خلافا للشافعى رحمه الله تعالى عليه المن ان يطلقهم مجانا 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 وقد تضمنت وجوب القتل بكل حال فكان ناسخا قوله ولا يعقرها خلافا لما لك رحمه الله ولا يتركها * وقال الشافعى رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة قوله بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه في الحديث لا يعذب بالنار الا ربها * * * * * قوله

(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام) * وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا بأس بذلك * واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحرار بدار الاسلام عندنا وعند غيره * وتبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيد ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد واليد قد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد المحافظة والناقلة والثاني منعهم بقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا * ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لاعن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدون وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيهه عند محمد رحمه الله تعالى فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله افضل ان يقسم في دار الاسلام * ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة * * * * * قال

قوله واصله اى واصل الخلاف قوله وتبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل * منها ان احدا من الغانمين لو وطى امة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده وصارت الامة ام ولد له * وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين * ومنها جواز البيع ومشاركة المدد والارث اذا مات احدهم قبل القسمة قوله ولما انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه اى في البيع والقسمة بيع معنى لاشتمالها على الافراز والمبادلة لامحالة فتدخل تحته 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 و سائر الانتفاع ام لا فعلى قوله يثبت * وعندنا لا يثبت ثم علل بقوله لان حكم الملك لا يثبت بدون اى بدون الملك فلما ثبتت الاحكام عنده من الاكل والوطى وغيرهما بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد علمنا ان الملك كان ثابتا له قبل القسمة كما اذا كانت التركة بين الورثة فانه انما يثبت احكام الملك من الانتفاعات اذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل القسمة فكذلك ههنا على قوله وعندنا لا يثبت بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد من حكم الملك شيء 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 مجتهد اجاز بالاتفاق * وذكر في المبسوط وان قسمها في دار الحرب جاز لانه امضى فصلا 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 لابطلان القسمة لما في القسمة من قطع شركة المدد فتقل بهارغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امر وراء 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 رحمه

اذا

* الله يجوز بكل حال واما عندنا *

(قال والرّدء والمقاتل في 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 في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها) خلافا للشافعي رحمه الله تعالى بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدهنا من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيع المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد (قال ولاحق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الواقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد * وقلنا 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 يشهد ها على قصد القتال (وان لم تكن للامام حمولة

تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجها منهم فيقسمها) قال رضى الله عنه 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 والحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابة في مفازة 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 رحمه الله تعالى 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 بعده * وقال الشافعي رحمه الله من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه * * * * *

اذا رأى الامام المصلحة فاذا لم يسلب الجواز لا يكون ادنى حالا من ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل اصلاحه من معارضة الدليلين من الدليل الراجع والمرجوح الكراهة كما في سؤر الهرة فانه لما قام الدليل على الحرمة والحل ولم يعمل دليل الحرمة في سلب الحل لم يتقاعد عن ايراث الكراهة كذا هما قوله وهو بناء على ما مهدهنا من الاصل وهو ان السبب هو الاخذ والملك يثبت بنفس الاخذ * وعندنا السبب هو القهر وتام القهر بالاحراز بدار الاسلام فاذا شارك المدد الجيش في الاحراز الذي به يتم السبب يشاركونهم في تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حال القتال كذا في المبسوط قوله ولاحق لاهل سوق العسكر اى لا سهم لهم ولا رضخ لان قصدهم التجارة لا ارباب العدو واعزاز الدين قوله فانعدم السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب على قصد القتال قوله وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه وذلك ليس بحجة عند بعض مشايخنا خصوصا على اصل الشافعي رحمه الله فان عنده لا يقلد الصحابي قوله لانه ابتداء اجارة اى من كل وجه هذا احتراز عن اجارة مستأنفة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسألة السفينة فان من استأجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه تنعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضاء المالك كذا في المحيط قوله ويجبرهم في رواية السير الكبير ذكر فيه ويستوى في ذلك ان رضى به اصحاب * * * * *

(فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره في ء) وقال الشافعي رحمه الله تعالى هو له 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 رحمهما الله تعالى الاخر * وفي قول محمد رحمه الله تعالى وهو قول ابي يوسف الاول رحمه الله تعالى هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى تثبت (وزوجته في ء) لانها كافرة حريية لا تتبعه في الاسلام (وكذا حملها في ء) خلافا للشافعي رحمه الله تعالى هو يقول انه مسلم تبعا كالمفصل * ولنا انه جزءها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك (واولاده الكبار في ء) لانهم كفار حرييون ولاتبعية (ومن قاتل من عبده في ء) لانه لما نمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم (وما كان من ماله في يد حربي فهو في ء) غصبا كان او ودیعة لان يده ليست بمحترمة (وما كان غصبا في يد مسلم او ذمی فهو في ء عند ابي حنيفة رحمه الله) وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح جامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله * لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها * وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام * * * * *

قوله وما كان من ماله في يد حربي فهو في ء غصبا كان او ودیعة لان يده ليست بمحترمة لانها لا تدفع استغنام المسلمين عن ماله فكذا عن هذه الوديعة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمی فهو في ء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يكون فيئا * قال رضی الله تعالى عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله * قال صاحب النهاية رحمه الله هكذا وقع لفظ الهداية في بعض النسخ وهذا لا يصح اصلا لانه لو كان الاختلاف هكذا في دينك الكتابين لقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير والجامع الصغير ولما احتاج الى ذكر قوله وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لانه حينئذ يكون تكرارا محضا مع تطويل بغير فائدة ووقع في بعضها وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا مكن قوله وقال مع ابي حنيفة رحمه الله مكن قوله مع محمد رحمه الله * ثم قال رحمة الله تعالى عليه ولكني تتبعت بتوفيق الله تعالى الاقوال فوجدتها كما هو حقها في الكتب ثم وضعتها كما يوضع الهناء مواضع الثقب * قلت والصحيح من النسخ هو ان يقال وما كان غصبا في يد مسلم او ذمی فهو في ء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه * وقال محمد رحمه الله تعالى عليه لا يكون فيئا لان رواية السير الكبير هكذا وهكذا ايضا في الصحيح ولم يذكر فيهما قول ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه والصحيح ايضا في الثاني هو ان يقال وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى لان الامام فخر الاسلام البيهقي رحمه الله تعالى عليه ذكر في الجامع الصغير ولو كان ودیعة عند حربي او غصبا عند مسلم او ذمی او ضاعا فهو في ء * وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يكون فيئا * وهكذا ايضا ذكر في الجامع الصغير لغاضبان والتمرتاشي وغيرهما * * * * * قوله

الانرى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلما و اباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضه للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة (و اذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها) لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة) معناه اذا لم تقسم * وعن الشافعي رحمه الله تعالى مثل قولنا * وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص * ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق بقبول الاحراز فكذا بعد وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محرومين لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاضرار ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغنى يتصدق بقيمته والفقير لاشء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل في كيفية القسمة

(قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسا) لقوله تعالى فان لله خمسة وللرسول استثنى الخمس (ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين) لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين (ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى (وقال للفارس ثلثة اسهم) * وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغنائوه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير * ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى ما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا تعارضت روايتهما ترجح رواية غيره * * * * *

قوله الانرى انها ليست بمتقومة حتى لم يجب القصاص والدية على قائلها في دار الحرب قوله وليست في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المغصوب منه فلا يكون مافي يد الغاصب في يد المغصوب منه حكما فيجعل كأنه ليس في يد احد فكان فيما قوله لتعذر الرد على الغانمين لقلته جدا اولتفرقهم والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل في كيفية القسمة

قوله استثنى الخمس سماه استثناء من حيث ان حكمه يخالف حكم اربعة الاخماس كما ان حكم المستثنى منه يخالف حكم المستثنى * الغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية * الكر الصولة والجملة * والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لاجل ان يكون الكراشد كان هو من الجهاد او الفرار في موضع الفرار محمود لثلا يرتكب النهي في قوله تعالى ولا تلتقوا بايديكم الى التهلكة قوله واذا تعارضت روايته اي روايتنا ابن عمر رضى الله عنهما وهي روايتهماعنه على وفق مذهبهما ورواية ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ايضا على وفق مذهبه يرجح رواية غيره وهي رواية ابن عباس رضى الله عنهما وهذا لان من تعارضت روايته كل احتمال النسخ * برواية

والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد (واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم) * وقال الشافعى رحمه الله لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير * ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضى الله عنهم قسموه على ثلثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة * وقال عليه السلام يامعشر بنى هاشم ان الله تعالى كره لكم غساله الناس واوساخهم وعوضكم منها خمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لم يزلوا معى هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة * * * قال

شهود الواقعة او انقضاء الحرب عند الشافعى رحمه الله تعالى عليه على اختلاف الاصلين وكذا بالاجماع لامعتبر 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 فوات 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 ولامساواة بينهما قوله علل فقال انهم لم يزلوا 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 وبني المطلب فكلم عثمان بن عفان وجبير بن مطعم رضى الله تعالى عنهما قال لانكر فضل بنى هاشم لمكانك الذى وضعك الله فيهم ولكن نحن وبني المطلب فى القرب اليك على السواء فما بالك اعطيتهم وحرمتنا فقال لم يزلوا معى فى الجاهلية والاسلام * ومعنى الحديث ان اصل النسب هو عبد منافى كان له اربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله عليه السلام كان من اولاد هاشم فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطاب بن هاشم فكان بنو هاشم اولاد جد وجبير بن 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 بنوا نوفل وبنو عبد شمس كانوا اقرب اليه من بنى المطلب لان نوفلا وعبد شمس كانا اخوى هاشم لاب وام والمطلب كان اخ هاشم لايه لانه ثم اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم لبني المطلب وام يعط لبني نوفل وبني عبد شمس فاشكل ذلك عليهما قوله دل على ان المراد من النص قرب النصرة 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 القریش آثار الخير فيهم حسدوهم وتعاهدوا ان لا يجالسوا بنى هاشم ولا يتكلموهم حتى يدفعوا اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقتلوه وتعاهد بنوا هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل بنوا نوفل وبنوا عبد شمس فى عهد قریش ودخل بنو المطلب فى عهد بنى هاشم حتى دخل معهم الشعب وكانوا فيه ثلث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا فى المبسوط * * * * * قوله

(قال فاما ما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لا ففتح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي) لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده * والصفي شىء كان عليه الصلوة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع اوسيف او جارية * وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه الصلوة والسلام بالنصرة) لما روينا (وبعد به بالفقر) قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى هذا الذى ذكره قول الكرخى * وقال الطحاوى رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما يحرم 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 مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس) لان الغنيمة هي المأخوذة قهرا وغلبة لا اختلاسا 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 كالمعنة (فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم يأذن لهم الامام) لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لوخذ لهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا تجب عليه نصرتهم والله تعالى اعلم بالصواب * * * فصل

قوله فاما ما ذكر الله تعالى في الخمس وهو قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسة كان ابن عباس رضى الله عنه يقول سهم الله وسهم الرسول واحد فذكر اسم الله للتبرك وفتح الكلام * وقال ابو العالية يقسم على ستة اسهم سهم الله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت الغنيمة بقربها والى عمارة الجامع فى كل بلدة هي 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 الحلفاء الاربعة الراشد بن قسموه على ثلاثة اسهم وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه احد نحل 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 فى حال حيوتى وليس لهم بعد مماتى ولان استحقاقهم كان بالنصرة وقد فانت بوفاته عليه السلام فيفوت الاستحقاق لا للانشاخ بعد موته بل لعدم علمته وهي 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 فى الشعب للموانسة فى حال هجرة الناس ومثل هذا يكون للنساء والولدان على انهم تبع للرجال قوله هذا الذى ذكره قول الكرخى رحمه الله وهو انهم كانوا يستحقونه فى زمن النبي عليه السلام بالنصرة وبعده بالفقراى يسقط الاغنياء بعد موته ولا يسقط الفقراء * وقال الطحاوى رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا قوله كما حرم العمالة اى اذا كان العامل هاشميا قوله اما فقراؤهم يدخلون فى الاصناف الثلاثة اى ايتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وابن السبيل من ذوى القربى كذلك قوله فيه روايتان وجه الرواية الاخرى ان من لا منعة له لا يقدر على مغالبة الكفارة وقهرهم فالمأخوذ لا يكون غنيمة فلا يخمس ولان العدد اليسير انما يدخلون لا كتساب المال لا لا عزاز الدين فصاروا كتجار العسكر والله تعالى اعلم بالصواب * * * * * فصل

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 بعد ما رفع الخمس ولان التحريض منزوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض * ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل * وان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد احرار الغنيمة بدار الاسلام) لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز (قال الامن الخمس) لانه لاحق للغانمين في الخمس (واذالم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء) * * * * * وقال

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 للتحريض على القتال قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال * فان قيل مطلق الامر للوجوب ولم يجب التنفيل * قلنا في التنفيل تحريض بعض الغزاة مع توهين البعض وتوهين المسلم حرام خصوصا في مثل هذا الوقت ولان التحريض بشيء مبهم قد يكون ذلك بالتنفيل وقد يكون ذلك بذكر ثواب الآخرة فلو كان التحريض نفسه واجبا لايترام ان يكون التحريض المعين بالتنفيل واجبا * وفي الايضاح ويجوز التنفيل في سائر الاموال من الذهب وافضة وغير ذلك وكذلك يجوز في السلب وغير ذلك نحو ان يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له او قال ما اصبتم فلکم 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 التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل واما اذا عمهم فلا يحصل به ما هو المقصود بالتنفيل وانما في هذا ابطال السمهان التي 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 الذي اوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال لحق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز قال عليه السلام وهل تنصرون وترزقن الا بضعفاءكم والنفل ما ينفل الامام الغازي اي يعطيه زائدا على سهمه * وعن علي بن عيسى رحمه الله ان الغنيمة اعم من النفل والفقير اعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من اموال اهل الشرك قوله وان فعله مع السرية جاز * وفي المبسوط فالسرية عدد قليل يسبرون بالليل ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم بجيش بعضهم في بعض قال عليه السلام خير الاصحاب اربعة وخير السرايا اربعمائة وخير الجيوش اربعة آلاف فكل التنفيل للسرية تنفيلاً لبعض الجيش ولهذا اذا بعث سرية عن دار الاسلام لا ينبغي ان تنفل السرية ما اصابوا قوله ولا ينفل بعد احرار الغنيمة الامن الخمس لانه لاحق للغانمين في الخمس * لا يقال فيه ابطال حق الاصناف الثلاثة لانه انما جاز هذا باعتبار ان المنفل له جعل واحد من الاصناف الثلاثة فلم يكن فيه حينئذ ابطال حق الاصناف الثلاثة اذ يجوز صرف الخمس الى احد الاصناف الثلاثة * وذكر الامام شمس الائمة السرخس رحمه الله في السير الكبير لا بأس بان يعطى الامام الرجل المحتاج اذا ابلى * من

* وقال الشافعي رحمه الله السلب للمقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره * ولما انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمته فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلا الا ما طابت به نفس امامك * وما رواه يحنبل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فتحمله على الثاني لما روينا وزيادة الغناء لا تعتبر

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 حقيبتها او على وسطه وما عد ذلك فليس بسلب) وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه * ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين فاما الملك فانما يثبت بعد الاهراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطئها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله تعالى له ان يطأها ويبيعا لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربى ووجوب الضمان بالانلاف قد قيل على هذا الاختلاف والله تعالى اعلم بالصواب

باب — استيلاء الكفار

(واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجوه * * من

من الخمس ما يغنيه ويجعله نفلا له بعد الغنيمه لانه مأثور بصرف الخمس الى المحتاجين وهذا محتاج واذا جاز صرفه الى محتاج لم يقابل فلان يجوز صرفه الى محتاج قاتل وابلى بلاء حسنا كان اولى * وهذا نظير من وجد ركزا فرآه الامام محتاجا فصرف الخمس اليه جاز * وفي الذخيرة ولا ينبغي للامام ان يضع ذلك في الغنى ويجعله نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لاحق الاغنياء فجعله للغنى ابطال حق المحتاجين **قوله** وقال الشافعي رحمه الله آخره يعنى ان القاتل اذا قتل مشركا على وجه المبارزة وهو مقبل استحق سلبه وان لم ينقله الامام * وعندنا لا يستحق القاتل السلب بدون التنفيل **قوله** وقد قتله مقبلا وهو حال من المفعول لان الشرط عنده كون القاتل مقبلا حتى لو قتل منهزما او نائما او مشغولا بشيء لم يستحق السلب **قوله** وما رواه وهو قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه يحتمل التنفيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع اذا قاله بالمدينة في مسجده ولم ينقل انه قال ذلك الا يوم بدر عند القتال للحاجة الى التحريض وقد كانوا اذلة ويوم حنين حين ولوا منهزمين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر قال ايضا من اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب كذا في المبسوط **قوله** لما مر من قبل وهو ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد المحافظة والنافلة **قوله** قد قيل على هذا الاحتمال يعنى اذا اتلف النفل في دار الحرب يجب الضمان على المتلف عند محمد رحمه الله تعالى عليه وعندهما لا يجب والله تعالى اعلم بالصواب

باب — استيلاء الكفار

قوله واذا غلب الترك اى كفار الترك على الروم اى نصارى الروم * * * قوله

من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم (واذا غلبوا على اموالنا والعياذ بالله واهرزوها بدارهم ملكوها)
 * وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان الاستيلاء محذور ابتداء وانتهاء والمحذور لا ينتهض سببا للملك
 على ما عرف من قاعدة الخصم * ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعتد سببا للملك دفعا لحاجة
 المكلف كاستيلائنا على اموالهم * وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من
 الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاهراز بالدار لانه عبارة عن
 الاقتدار على المحل حالا ومالا * * * * * المحذور

قوله من ذلك اى من مال اهل الروم الذى استولى عليه الترك قوله بسائر املاكهم
 الضمير يرجع الى الترك لانهم لما ملكوه صار كاموالهم الاصلية قوله لان الاستيلاء محذور ابتداء
 اى حين اخذوا وانتهاء اى حين اهرزوا بدارهم والمحذور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من
 قاعدة الخصم * ولا يقال الحظر غير ثابت فى حقهم لانهم لا يخاطبون بالشرائع لانهم لا يخاطبون بالحرمات كالربوا
 والزنا فتثبت حرمة هذا الفعل فى 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 بالانتفاء * ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح اى استيلاء الكفار ورد على مال مباح لان استيلائهم
 على اموالنا انما يثبت للملك لهم اذا اهرزوها بدارهم والكلام فيه فبعد الاحراز بدارهم تزول عصمة
 صاحبها ويصير مباح التملك فلا يكون اخذهم ذلك المال عدوانا كذا فى الاسرار قوله وهذا لان
 العصمة تثبت على منافاة الدليل اى قولنا ان استيلاءهم ورد على مال مباح لان العصمة فى المال لكل
 من يثبت من مسلم او كافر انما يثبت على خلاف الدليل فان الدليل يقتضى ان لا يكون المال معصوما
 لاحد لقوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا الا ان العصمة انما تثبت لمن اختص هو به بسبب من
 الاسباب من شرى او ارث او غيرها ليتمكن من الانتفاع به اذ لو لم يكن مخصوصا هو بالعصمة نازعه آخر
 فى الانتفاع فلما زال تمكنه من الانتفاع بسبب اهرازهم بدار الحرب ولم يبق ما يوجب عصمته وهو تمكن
 المالك من الانتفاع عاد المال مباحا كما يقتضيه الدليل فصار بمنزلة الصيد والحشيش * ثم لما وقع استيلائهم
 عليه فى هذه الحالة كان استيلائهم على مال مباح فوجب للملك لهم * وعن هذا وقع الفرق بين اموالنا
 ورقابتنا فان الرقاب كلها لم يخلف محل التملك فى الاصل * وانما تثبت المحلية بعارض الكفر وليس فى
 رقابتنا ذلك فلذلك لا يملكون احرارنا وان اهرزوهم بدارهم قوله عبارة عن الاقتدار على المحل
 حالا ومالا يعنى ان الكفار اذا استولوا على اموال المسلمين فهم ماداموا فى دار الاسلام ان اقتدروا عليها
 حالا لم يقتدروا مالا لان الظاهر ان المسلمين يغلبون عليهم ويأخذون الاموال واما اذا اهرزوها بدار
 الحرب فقد اقتدروا عليها حالا ومالا لانقطاع 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 تناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام
 الملك فالواهب يرجع فى هبته ويعيد الى قديم ملكه مع زوال ملكه * وفى الكافي للعلامة النسفى رحمه
 الله وقوله فى الهداية لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت
 المكنة عاد مباحا كما كان مشكلا لنا اذا غلبنا على اموال اهل البقي واهرزنا بدارنا لم نملكنا مع زوال
 المكنة الا ان يقال اراد به زوال المكنة بالاهراز بدار الحرب * * * * * ثم

والمحذور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل (فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شىء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا) لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شىء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان فى الاخذ بعد القسمة ضرر بالمأخوذ منه بازاله ملكه الخاص فبأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقبل الضرر فبأخذه بغير قيمته (وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذى اشتراه وان شاء تركه) لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى 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 مثلى 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

ثم اصل الدار واحد وهى بحكم الديانة مختلفة فبقبيت العصمة من وجه دون وجه فلم يثبت الملك بالشك بخلاف اهل الحرب لان الدار مختلفة والمنعة متباينة من كل وجه فبطلت العصمة لنا فى حقهم ولهم فى حقنا من كل وجه **قوله** والمحذور لغيره اذا صلح سببا الى آخره جواب عن قول الخصم انه محذور قلنا نعم هو محذور الا انه محذور لغيره ومباح فى نفسه لكونه سببا لاقامة المصالح والمحذور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء ودل عليه ان المحذور بغيره وهو الصلوة فى الارض المغصوبة يصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب فى الآخرة فلان يصلح سببا للملك فى الدنيا واولى * وفى الكافي وقوله والمحذور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل اى اذا صلى فى ارض مغصوبة فما ظنك بالعاجل مشكل ايضا لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم او لم تنزل فان زالت لا يكون الاستيلاء محظورا لما مر وان لم تنزل لا يصير ملكا كما فى مسألة البغاة الا ان يقال العصمة المؤتممة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار **قوله** فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شىء اى وان اهرزها الغانمون بدار الاسلام * وذكر فى الايضاح فاما اذا وجد قبل القسمة فكان ينبغى ان يأخذ بالقيمة ايضا لان حق الجماعة متعلق به وقد استحكم هذا بالاحراز بدار الاسلام الا ترى انه لو اتلف انسان شيئا من الغنيمة قبل القسمة يضمن الا انا تركنا هذا الاصل لحديث عبد الله بن عباس رض الله عنهما فانه روى عنه ان المشركين غلبوا على بغير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسأل النبى 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 ما لو ثبت لاهد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما فى ايدى الغانمين * قلنا ههنا ايضا يثبت له هذا الملك بعوض معنى لما ان المكافاة مقصودة فى الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك المعنى معنبرا فى اثبات حقه فى الغنيمة الى هذا اشار فى المبسوط **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد **قوله** وكذا اذا كان مشتري بمثله قدرا ووصفا ولو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس آخر او بجنسه ولكن اردأ منه وصفا فله ان يأخذه بمثل ما اعطاه المشتري * وقال فى الايضاح الا ان يكون اشتراه منهم بخلاف * * * * جنسه

(قال فان اسروا عبدا فاشتره رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقت عينه واخذار شها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو) اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاصاف تضمن فيه كما في الغصب اما هنا الملك صحيح فافترقا (وان اسروا عبدا فاشتره رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتره رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاولى ان يأخذه من الثاني بالثمن) * * * * *

جنسه فيكون الاخذ مفيدا وكذلك لو اشتره بجنسه باقل منه فله ان يأخذه بمثل ما اشترى ولا يكون هذا ربوا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه قوله اما الاخذ بالثمن فلما قلنا وهو قوله لانه يتضرر بالاخذ مجانا 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 يقابل شيء من الثمن اذالم يصرم مقصودا بالتناول الا ترى انه لو اشترى عبدا ففقت عينه ثم باعه مراجعة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول كذا في الفوائد الظهيرية * وذكر الحجازي رحمه الله تعالى فان قيل الوصف انما لا يقابل شيء من الثمن اذا لم يصرم مقصودا بالانلاف الا ترى ان في مسألة المراجعة لو فقا عينه انسان او فقاها بنفسه ثم باعه مراجعة من غير بيان ثم علم المشتري بذلك يحط قسطها من الثمن فكذلك ينبغي ان يحط من ثمن العبد قدر الارش * قلنا لما لم يكن للمالك القديم حق اخذ الارش لما بينا صار في حقه بمنزلة الفاتئ لابمنزلة المتلف بخلاف مسألة المراجعة لانه متلف حقيقة ولو كان له قسط من الثمن حقيقة بان يكون شيئين حقيقة ليس له ان يراجع على غير العين الذي اخذار شها لان الشبهة في المراجعة ماحقة بالحقيقة فاما ههنا حق الاخذ في العين بالنص بخلاف القياس فكيف يباحق بها البديل * وعن محمد رحمه الله 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 قوله والاصاف 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 التاجر هنا أيضا بمنزلة شراء المشتري فاسدا من حيث وجوب الرد * قلنا الحاق مسألة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا اولى من شراء التاجر من الكافر من حيث ان شراء المشتري بدون رضاء الشفيع مكروه بخلاف شراء التاجر بدون رضاء المالك وقوله والاصاف تضمن فيه كما في الغصب اى في غير الربوى اما في الربوى يجوز ان يغصبه حنطة ففقت عنده او انا فضة فهشم في يده فصاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربوا قوله وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني ولا يكون ذلك للمالك القديم * وانما رجحنا جانب المشتري الاول على المالك القديم في ولاية الاخذ لانه على تقدير اخذ المشتري لا يبطل حق المالك القديم اولاية الاخذ له بعد اخذ المشتري الاول ولو اخذه المالك القديم يبطل حق المشتري الاول لانه لا ولاية له بعد اخذ المالك القديم فلهذا رجحنا جانب المشتري الاول * * * * * قوله

لان الاسر ما ورد على ملكه (وللمشترى الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن) لان الاسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء) لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا اذا كان الأسور منه الثاني غافبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واهرارنا ونملك عليهم جميع ذلك) لان السبب انما يفيد المالك في محله والحل المال المباح والحرم معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنابيتهم وجعلهم ارقاء ولا جنابية من هؤلاء (واذا ابق عبد مسلم لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رحمه الله 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 تمكينه من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يده اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت المالك لهم عند ابي حنيفة رحمه الله يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وبعدها يؤدي عوضه عن بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغائبين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الا بقى لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه (وان ند بغير اليهم فاخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا (وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شيء) * * * والفرس

قوله لان الاسر ما ورد على ملكه كما اذا وهب رجل آخر شيئا فوهبه الموهب له من آخر فليس للواهب الاول عليه سبيل مالم يرجع الثاني في هبته قوله فيأخذه بهما * فان قيل يتضرر المالك بذلك فوجب ان يكون له حق الاخذ من المشتري الثاني كيبلا يتضرر * قلنا لو اخذ هو من المشتري الثاني يتضرر المشتري الاول ضررا لا عوض في مقابلته ولو اخذ المالك من المشتري الاول يتضرر لكن بعوض وهو العبد فكان اولى قوله وكذا من سواه اى من هؤلاء وهو المدبر والمكاتب وام الولد قوله بخلاف رقابهم اى رقاب الكفار من احرارهم ومدبريهم وامهات اولادهم قوله ولا جنابية من هؤلاء اى من مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واهرارنا واذا ابق عبد لمسلم اولدنى ذكر الامام ابو اليسر رحمه الله في عين الفقهاء العبد المسلم لمسلم اولدنى اذا ابق الى دار الحرب فاخذه الكفار لا يملكونه عند ابي حنيفة رحمه الله والمتردد يملكه الكفار واما العبد الكافر فهو ذمى تبع لمولاه وما بطلت الذمة بالحقوق بدار الحرب فلا يملك الكفار كذا في عين الفقهاء وذكر في طريقة مجد الائمة رحمه الله العبد اذا كان ذميا فقبه 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 خلف يد المولى يد الكفرة بدون واسطة فورفوت 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 الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلان تدفع بيد الدار الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله قوله بخلاف المتردد اى الا بقى الذي تردد في دار الاسلام لان يد المولى باقية في حقه حكما ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضه فبقاء المانع حكما يمنع ثبوت اليد له في نفسه فيتم احرار المشركين اياه واما الا بقى الى دار الحرب فلا يكون في يد مولاه حكما حتى لو وهبه لابنه الصغير لا يجوز قوله وبعدها اى وبعد القسمة يؤدي عوضه عن * * * * * بيت

ولانه احرز نفسه بالخروج اليها مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتها على نفسه فالحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليدا ابتداءً فهذا كان اولى والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

باب — المستأمن

(واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض بشيء من اموالهم ولا من دماهم) لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيमान 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 فوجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربى او ادان هو حربيا او غضب احدهما صاحبه ثم اخرج اليها واستأمن الحربى لم يقض لو احد منهما على صاحبه بشيء) اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية * ولا ولاية

بدارهم فيستحيل ان يزول ملكه بالاخراج لان الاحراز لما صار سببا لاثبات الملك ابتداءً فالولى ان يبقى الملك الثابت كما كان والا يلزم ان يكون ما هو الميثاق للملك مزبلا له وهو مدفوع بمره * قلنا ليس هذا كما اخذوا عبدا في دارنا لانهم لا يملكونه بالاخذ حتى يستحق عليهم الازالة بسبب الاستيلاء وانما يملكونه بالاخراج بخلاف ما نحن فيه فانهم ملكوه بالشراء 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 بالاخراج بدار الحرب * وفي المبسوط فان قيل بارتفاع 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 فكلن حرا فاذا زال الحظر بزوال الامان زال اصل الملك الا ترى انه في دار الحرب لو قتل مولاه واخذ ماله وخرج اليها كان حرا او كان ما خرج به من المال له قوله ولانه احرز نفسه بالخروج اليها يتصل بقوله ثم خرج اليها وقوله او بالالتحاق 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 التغاب فصار كمال الحربى الذى دخل به مستأمنا الى دارنا كذا في الايضاح والله تعالى اعلم بالصواب * * *

باب — المستأمن

قوله والغدر حرام قال عليه السلام كل عادر لواء يركز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرته 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 باستيمان قوله 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 للثانى وطئها بعد الاستبراء لان الكراهة في حق الاول لبقاء حق البائع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع وهنا الكراهة لمعنى الغدر قوله على ما بيناه اشارة الى قوله في اوائل باب استيلاء الكفار والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة * * تفوق

ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل * واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه (وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين) لما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب) اما المدائنة فلانها وقعت صحيحة لو قوعها بالتراضى والولاية ثابتة حالة 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 الحرمان وهو نقض العهد (واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ) اما الكفارة * * * * * فلا

تفوق الملك الى آخره * الادانة البيع بالدين * والاستدانة الابتياع بالدين * وقولهم اذان بتشديد الدال من باب الافتعال اى قبل الدين والدين غير القرض اذ ذاك اسم لما يقرض فيقبض وهذا اسم لما يصير في الزمة بالعقد كذا في الطلبة * وذكر في كتاب الكفالة منها ان اسم الدين شامل لجميع ما يجب في الزمة بالعقد وبالاستهلاك والاستقراض قوله ولا ولاية وقت الادانة اصلا اذلا ولاية لنا على اهل الحرب والجواب في مسألة الادانة قول ايحنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى واما على قول ابييوسف رحمة الله تعالى عليه 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 بشىء لانه غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب ان لا يقضى عليه بشىء اصلا لالعدم الالتزام ولكن لتحقق المساواة بين الخصمين قوله لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه واما غصب الكافر فقد ذكر في مسألة الاستيلاء بقوله ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح الى آخره واما غصب المسلم ففيما 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 بوجهها مسلمين فان الحربى اذا خرج مستأمنا مع المسلم الذى دخل دار الحرب مستأمنا وقد كان غصب المسلم في دار الحرب فالحكم كذلك قوله فعلى القاتل الدية من ماله اى فى العمد والخطا * ذكر الامام الاجل شمس الأئمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه هذه المسئلة فى الجامع الصغير * ثم قال وروى عن اصحاب الاملاء عن ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه قال عليه القصاص فى العمد لان بدخول المسلم دار الحرب لا ينتقض احرازه نفسه بدار الاسلام فالمسلم من اهل دار الاسلام حيث ما يكون والقصاص محض حق الولى ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى ولاية الامام فلا فرق حينئذ بين الدارين * وجه ظاهر الرواية ان الاحراز باق ولكن دار الحرب دار اباحة الدم فيصير ذلك شبهة مسقطه للعقوبة لان مجرد صورة الاباحة يكفى لاسقاط العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمن يقول لغيره اقتلنى فقتله * * * * * قوله

فلا طلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعرض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيقاؤه الابمنة ولا منعة بدون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمى لان العواقل لا تعقل العمى وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كنا اسيرين فقتل احدهما صاحبه

او قتل مسلم تاجر اسيرا فلاشى ٦ على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمى) لان العصمة لا تبطل بعرض الاسر كما لا تبطل بعرض الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا * ولا يى حنيفة رحمه الله ان بالاسر صار تبعالهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذى لم يهاجر اليها وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمى عندنا والله اعلم

فصل

(قال واذا دخل الحربى اليها مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول الامام ان اقامت تمام السنة وضعت عليك الجزية) والاصل ان الحربى لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عيناهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصاحبة الجزية * ثم ان رجوع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمى 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 مقال الامام يصير ذميا) لما قلنا (ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فان دخل الحربى دارنا بامان فاشترى ارض خراج) * * * * * فاذا

قوله فلا طلاق الكتاب وهو قوله تعالى من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اطلق ولم يقيده بدار الحرب ودار الاسلام * فان قيل ينبغي ان تجب الدية عند ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا قتل الاسير المسلم اسيرا مسلما لاطلاق قوله تعالى ومن قتل مؤمنا الآية * قلنا خص من هذا النص المسلم الذى لم يهاجر اليها فيخص المتنازع والجامع كون كل واحد منهما مقهورا في ايديهم قوله كما لا تبطل بعرض الاستيمان على ما بيناه اشارة الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعرض الدخول بالامان وهذا اولى لان ذلك عن اختيار وهذا عن اضطرار قوله كالمسلم الذى اى فليس في قتله الا الكفارة في الخطأ فكذلك هنا بجامع ان كل واحد منهما تبع لاهل الدار بالتوطن وبكونهما مقهورين لهم بخلاف المستأمن لانه متمكن من الخروج الى دار الاسلام فلا يكون تبعالهم فلا تبطل العصمة والله تعالى اعلم

فصل

قوله العين الديبان والجاسوس * والعون الظهير على الامر * والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار ميمير * والجلب * المعجوب ومنه نهى رسول الله عليه السلام عن تلقى الجلب قوله ولللام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين وادنى الاوقات غير مقدر بل هو موكول الى رأى الامام الا انه لا ينبغي له ان يرهبه 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 خافى عن الاسلام فلا يمكن له من نقضها * * * * * قوله

(من العلت الى عباد ان) لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين رضوا الله عنهم لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفى فلا يثبت فى اراضهم كما لا يثبت فى رقابهم * وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها الكفر كما فى سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضوا الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحض من الصحابة رضوا الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضوا الله عنهم على وضع الخراج على

الشام (قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرها له 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 فهى ارض عشر) لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق

بنفس الخارج (وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهى ارض خراج) وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله عليه السلام 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 ونماؤها بماؤها فيعتبر السقى بماء العشر او بماء الخراج (قال ومن احيا ارضا مواتا فهى عند ابي يوسف رحمه الله معتبرة بجزائها فان كانت من حيز ارض الخراج) ومعناه بقره (فهى خراجية

وان كانت من حيز ارض العشر فهى عشرية) والبصرة عنده كلها عشرية باجماع الصحابة رضوا الله عنهم لان حيز الشىء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر وكان القياس فى البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة

رضوا الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم (وقال محمد رحمه الله ان احياها ببيئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التى لا يملكها احد فهى عشرية وكذا ان احياها

بماء السماء وان احياها بماء الانهار التى احتقرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزد 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 رضوا الله عنه على

اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمى وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم

ومن جريب الكرم المتصل والتخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر رضوا الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين الف الف

جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحض من الصحابة رضوا الله عنهم من غير تكبير فكان اجماعا منهم ولان المؤمن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والزرع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة متفاوتة بتفاوتها فجعل الواجب فى الكرم اعلاها وفى الزرع ادناها وفى الرطبة او سطها * * * * * قال

قوله ومن العلت الى عبادان هذا طوله كذا فى النهاية قوله والخراج اليق به لان فى الخراج معنى العقوبة ولان فيه تغليظا حتى انه يجب وان لم يزرع والكافر اليق 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 اراضهم قوله نهر الملك على طريق الكوفة

من بغداد ويزد جرد ملك من ملوك العجم * * * * * الجريب

(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 في ذلك فتعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الحراج لا يزداد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين * والبستان كل ارض يحوطها هائط وفيها نخيل متفرقة واشجار اخر * وفي ديارنا وظفوا من الدارهم في الاراضى كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اى شىء كان (قال فان لم تطف ماوضع عليها نقصهم الامام) فالنقصان عند قلة الربيع جافز بالاجماع الاثرى الى قول عمر رضى الله عنه لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقالا لابل حملناها ما تطيق ولو زدناها لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الربيع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان * وعند ابييوسف رحمه الله لا يجوز لان عمر رضى الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة (وان غلب على ارض الحراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع افة فلا خراج عليه) لانه فات التمكّن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر في الحراج 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 الحراج * * * * * قال

الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى يزيد هو على ذراع العامة بقبضة كذا ذكره الامام التمر تاشى رحمه الله * وفي المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهى ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك بقبضة كذا ذكر الامام التمر تاشى رحمه الله تعالى عليه وكانت ذراعه سبع قبضات * وقيل هذا حكاية عن جريهم في اراضهم وليس بتقدير لازم في الاراضى كلها بل جريب الاراضى يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله فالمراد بالقفيز الصاع وهو ثمانية اربال اربعة اماناء خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى عليه وهو يكون من الحنطة او الشعير * وفي شرح الطحاوى قفيز ما يزرع فيها * الرطبة بالفتح الاسفست الرطب * النخيل المتصل الذى اتصل بعضها ببعض على وجه يكون كل الارض مشغولة بها قوله او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه مصاب فيستحق المعونة ولو اخذناه بالحراج كان به استيصاله وما حمد من سير الاكاسرة انهم كانوا اذا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خزائهم ما انفقوا ويقولون التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح فان لم يرد عليه شيئا فلا اقل من ان لا يأخذ منه الحراج * وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فيقدر ما استوفى من المنفعة يصير الاجر ديننا في ذمته فاما الحراج فصلة واجبة بقدر ريع الارض فلا يمكن ايجابه بعد ما اصطلم الزرع آفة لانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطلها حيث لا يسقط خراجها لانه هو الذى اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد بذلك اسقاط حق مصارف الحراج فرد عليه قصده * وفي الفوائد الظهيرية الفرق بين الاجر والحراج مع ان كل واحد منهما متعلق بالتمكّن وهو ان الاجر يجب شيئا فشيئا بمقابلة استيفاء المنفعة ولا كذلك الحراج لانه لا يجب شيئا فشيئا فتعتبر المكنة في المدة التى يحصل فيها الربيع * ثم قال هذا اذا ذهب كل الحراج اما اذا ذهب بعضه فان بقى مقدار الحراج ومثله ان بقى مقدار درهمين وقفيزين يجب الحراج لانه لا يزيد على نصف الحراج وان بقى اقل من مقدار الحراج يجب نصفه * قال مشايخنا رحمهم الله ما ذكر في الكتاب ان الحراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقى فلا يسقط الحراج * * * * * قوله

(قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكّن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر 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 الذمي ويؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضى الله تعالى عنهم اشتروا ارض الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر في الخراج من ارض الخراج) وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لانها حقان مختلفان وجبا في محلين مختلفين بسببين مختلفين فلا يتنافيان * ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجمعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا * * * والوصفان

قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكّن كان ثابتا وهو الذي فوته هذا اذا كانت الارض سالحة للزراعة والمالك متمكّن من الزراعة فلم يزرعها اما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم مؤنة واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعتها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج وهذا بلا خلاف وان كان هذا نوع حرج وفيه ضرر ولكن هذا الحاق ضرر بواحد للعامة * وعن ابي يوسف رحمه الله تدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا * وفي جمع الشهيد رحمه الله باع ارضا خراجية فان بقى من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله قوله قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى كمن له ارض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران وكذا لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب 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 اننا لو اقمنا 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 مطعم فيكون هذا ظلما وعدوانا كذا في الفوائد الظهيرية قوله من غير كراهة احتراز عما يقوله المتعسفة بانه مكروه ويستدلون بما روى ان النبي عليه السلام رأى من آلات الحرثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الاذلوا ظنوا ان المراد النذل 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 بن مسعود والحسين بن علي وشريح رضى الله تعالى عنهم انه كانت لهم ارضون بالسواد يؤدون خراجها قوله في محلين مختلفين بسببين مختلفين وكذلك لمصرفين مختلفين * اما اختلاف المحل فان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخراج * واما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا * واما اختلاف المصرف فان الخراج مصروف الى المقائلة والعشر مصروف الى الفقراء * * * قوله

والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقيين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيفا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض * وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخراج في سنة) لان عمر رضى الله تعالى عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عسرا الا بوجوبه في كل خارج والله تعالى اعلم بالصواب

باب — الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلاح فيقتدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله عليه السلام بنى نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه الاتفاق (وجزية يبتدىء الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقدمهم على املاكهم فيضع على الغنى الظاهر الغنى 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 المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما) وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع على كل حالم دينارا او ما يعادل الدينار الغنى والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضى الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا * او عدله

قوله والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة لان بينهما تنافيا لان الطوع ضد الكره المحاصل من القهر فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان قوله وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما حتى لو اشترى ارض عشر 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 السائمة والتجارة باعتبار مال واحد * ثم العشر او الخراج صار وظيفة لهذه الارض فلا يسقط مع انه اسبق ثبوتنا من زكوة التجارة ولانه آكد على معنى انه لا يسقط بعذر ما والزكوة تسقط بعذر الصبا والجنون واذا كان آكد كان اولى بالايجاب كذا في الايضاح والله تعالى اعلم بالصواب

باب — الجزية

الجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وانما سميت بها لانهما تجزى عن الذمى اى تفضى 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 عن مجوس هجر * وقد طعن بعض المأخذين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفار على الشرك بمال ولو جاز ذا لجاز تقرير الزانى على الزنا بمال 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 الحلول من حل الدار او الحل من حل العقدة لما بينها من الفرجة قوله على الغنى الظاهر الغنى هو صاحب المال الكثير الذى لا يحتاج الى العمل * والمتوسط الذى له مال لا يستغنى بماله عن العمل * والمعتمل الذى يكسب اكثر من حاجته ولا مال له * وقيل الفاقف الذى يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا ومتوسط الحال الذى يملك مائتي درهم فصاعدا * والمعتمل الذى يملك ما دون المائتين اولا يملك شيئا كذا في شرح القدورى

او عدله معافر من غير فضل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان * وهذا المعنى ينتظم الفقير والغنى ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى رض الله تعالى عنهم اجمعين ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانها وجبت نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله * وما رواه محمود على انه كان ذلك صالحا ولهذا امر بالخذ من الحاملة وان كانت لا تؤخذ منها الجزية (قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآتية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس (قال وعبد الاوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقى 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 ونفقتة في كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونسأؤهم وصبيانهم في^٤) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدى الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة * وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه يسترق مشركوا العرب * وجوابه ما قلنا * * * * *

قوله او عدله معافر اي خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافى منسوب الى معافر بن موث صار له اسما بغير نسبة كذا في المغرب * وذكر في الفوائد الظهيرية معافى من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى رض الله عنهم * التمسك به من وجهين * احدهما ان نصب المقادير بالرأى لا يكون فدل انه اعتمد السماع من النبي عليه السلام * والثاني انه فعل ذلك بحضور من الصحابة رض الله عنهم ومشورة منهم ولم يرده عليه احد فصار اجماعا قوله وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال ولهذا ضربت الجزية على الصالحين للقتال الذي 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 منا لكنه وجب للذب عن الدار وكسر شوكة المشركين * فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الاخرين وهذا كالسعى 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 لما فيه من زيادة القوة للمسلمين كذا في الاسرار قوله وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته * فالفقير لو كان مسلما ينصر الدار راجلا * ووسط الحال ينصرها راكبا * والفائق في الغنى يركب ويركب غلامه قوله وتوضع الجزية على اهل الكتاب اي من العرب والعجم قوله فالمعجزة في حقهم اظهر لانه نشأ بين اظهرهم وكانوا اعرف بحاله قبل بعثه حتى كانوا يسمونه امينا وكانوا يعرفونه محترزا عن الكذب غاية الاحتراز فمن كان محترزا عن الكذب على العباد لا يكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم * * * * *

(ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس) كذا ذكر ههنا وذكر محمد رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رحمه الله * وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الحراجية * ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاستقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة (ومن اسلم وعليه جزية سقطت) وكذلك اذامات كافرنا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما * له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعرض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمود * ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولانقاص الموت وان 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 فلامعنى لا يجاب بدل العصمة والسكنى (وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت الجزيتان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم تؤخذ) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله وان مات عند تمام السنة لم تؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها * وقيل خراج الارض على هذا الخلاف * وقيل لا تداخل فيه بالانفاق * لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفي وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنتين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه * ولابي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه * * * * * ولهذا

قالوا وانما قال ذلك ابو حنيفة رحمه الله لانه وقع في رأيه انهم من اهل الكتاب * واما الزنادقة فاخذ الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا لوجاء الزنديق قبل ان تؤخذ فاقر انه زنديق فتأب عن ذلك تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لانقبل توبته لانهم باطنية يظهرن شيئا ويعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم كذا في سير فتاوى قاضيخان رحمه الله قوله وكذلك اذا مات كافرنا وكذا اذا عمى او صار مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لا يستطيع ان يعمل او صار فقيرا لا يقدر على شئ ويبقى عليه من جزية رأسه شئ سقط ذلك الباقي كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله قوله له انها وجبت بدلا عن العصمة اذا صل العصمة بالاسلام كما ورد به الحديث والزمى عصم دمه بغير الاسلام بما التزم من المال للمسلمين او عن السكنى فانه لما اراد سكنى دارنا ابدا لا يمكن الابدال وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط العوض بعراض الاسلام او الموت قوله في الاجرة والصلح عن دم العمود يعنى لو كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون في معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كما في الاجرة ولو كانت بدلا عن العصمة تكون في معنى بدل الصلح عن دم العمود وذلك لا يسقط بالموت والاسلام فكذا ما هو في معناه قوله وهي والجزء واحد وهو يطلق على المثوبة والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية وهذه ليست بمثوبة فتعين عقوبة ولهذا تستوفي بطريق المذلة والصغار وفي النص اشارة اليه حيث جعل حالهم عند الاعطاء فيكون اضرارا ظاهرا وهي المعنى بالعقوبة قوله والعصمة تثبت بكونه آدميا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى عليه انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى * * قوله

ولهذا لاتقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطى قائما والغايض منه قاعد * وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعطنى الجزية يا ذمى فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحودود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لافى الماضى لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال للحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه * ثم قول محمد رحمه الله في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ رحمهم الله على المضى مجازا وقال الوجوب با آخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فيمتداخل * وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابى حنيفة رحمه الله باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجرى * والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعى رحمه الله في آخره اعتبارا بالزكوة * ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضى الحول فاوجبناها اوله

فصل

(ولا يجوز اهداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام) لقوله عليه السلام لاخصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد اهداؤها (وان انهضت البيعة والكنائس القديمة اعادوها) لان الابينة لاتبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لايمكنون من نقلها لانه اهداث في الحقيقة والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها * وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر * والمروى عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقرائها لقوله عليه السلام لايجتمع دينان في جزيرة العرب * قال

قوله ولنا ان ما وجب بدلا عنه فالذمى وجبت الجزية بدلا عنه القتل في حقهم والنصرة في حقنا والقتل انما يستوفى لحراب قائم للحراب ماض فكذا النصرة انما يتحقق في المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه فلو قلنا بان الوجوب في آخر السنة يلزم ان لا يجب شىء لان في الماضى من السنة لم يبق الحراب 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 النامى وحولان الحول هو الممكن من الاستثناء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء قوله على ما قررنا اشارة الى قوله لان الماضى وقعت الغنية عنه قوله فاوجبناها في اوله بخلاف الزكوة لان سببها المال النامى والنمو لا يتحقق الابدية وقدرت مدة النمو بالحول فقبل حولان الحول لا يثبت

فصل

قوله لقوله عليه السلام لاخصاء في الاسلام ولا كنيسة الاخصاء بالخسار والمد على فعال مصدر خصاه يخصه اى نزع خصيته والاختصاص في معناه خطأ ذكره في المغرب * وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء كما يفعله اهل الكتاب حتى يصير في حكم الحصى يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة مطلقا في الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى قوله والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة اى لايمكنون من اهداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا قوله والمروى عن صاحب المذهب اى عن ابى حنيفة رحمه الله والمراد من المروى قوله وهذا في الامصار دون القرى جزر الماء اذا انفجر عن الارض حين غار ونقص منه ومنه الجزيرة ويقال جزيرة العرب * * لارضها

(قال ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يحملون السلاح ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكسبيجات والركوب على السروج التي كهيمة الاكف) وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيف عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فعله 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 الطرقات والحمامات وتجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعولهم بالمغفرة * قالوا الا حق ان لا يتركوا ليركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين فان لزمته ضرورة اتخذوا سرجا بالصفة التي تقدمت (ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام اوزنى بمسلمة لم ينتقض عهده) لان الغاية التي ينتهى بها القتال التزام الجزية لأدائها والالتزام باق * وقال الشافعي رحمه الله سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه ينتقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه * ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطاريء لا يرفع (قال ولا ينتقض العهد الا وان يلتحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربون) لانهم صاروا حربا علينا فيعري عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه في الحكم يموت بالحق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ماحمله من ماله الا انه لو اسرى سترق بخلاف المرتد والله تعالى اعلم بالصواب

لارضها ومحلها لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة وقرات قد احاطت بها * الكسبيج عن ابي يوسف رحمه الله خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتميزون به من الزنابير المتخذة من الابريسم * ومنه امر عمر رضى الله عنه اهل الذمة باظهار الكسبيجات * قوله وصيانة لضعفة المسلمين المراد من الضعفة هم الضعفة في الدين لا الضعفة في البدن اى انما يؤخذ اهل الذمة بما يورث عليهم الصغار والذلة لكي يروا في اعين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام على وجه الصغار والذلة حتى لا يقولوا ان الكفار يتقلبون في النعمة والدعة والمؤمنين في المحنة والصنعة وان لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم ورونق حالهم * واليه اشار الله تعالى الى قوله ولو لا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة الاية قوله فلولم تكن علامة مميزة فاعل الذمي يعامل معاملة المسلمين وربما يموت منهم احد فجأة في الطريق فاذا لم تكن معه علامة يظنونه مسلما فيصنعون به ما يصنعون بموتى المسلمين والتحرز عن ذلك واجب في حق الكفار * فان قيل اليس ان النبي عليه السلام لم يأخذ بذلك يهود المدينة ولانصارى نجران ولا مجوس هجر * قلنا انهم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين بالدينة لا يشتهبه حالهم فكان لانقع الحاجة الى ذلك ثم في زمن عمر رضى الله عنه لما كثر الناس ممن يعرى ومن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك وكان ذلك صوابا قال رسول الله عليه السلام اينما دار عمر فالحق معه * وذكر التمرناش رحمه الله فيكتفى في كل بلد من العلامة بما تعارفه اهله لان المقصود يحصل بهذا * الجفاء هو الغلظ في العشرة والخرق في المعاملة وترك الرفق * ومنه قوله فانه جفاء في حق اهل الاسلام اى ترك حسن العشرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة يتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنابير عن الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعزذ وصديقه فقد اهان صديقه قوله ليركبوا الا للضرورة كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه قوله وكذا في حكم ما حمله من ماله يعنى الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون ذلك المال فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار فماله في * والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

فصل

(ونصارى بنى تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة) لان عمر رضى الله عنه صالحهم على ذلك بحضرة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم (ويؤخذ من نساءهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لان الصالح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاف * وقال زفر رحمه الله لا تؤخذ من نساءهم ايضا وهو قول الشافعى رحمه الله لانه جزية فى الحقيقة على ما قال عمر رضى الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان * ولنا انه مال وجب بالصالح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف صالح 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 رحمة الله تعالى عليه يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمى يلحق به فى حق حرمة الصدقة * ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمى فى حقه ولا يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليه الصدقة * * * * *

فصل

بنو تغلب قوم من نصارى العرب وكان لهم شوكة وقوة فطالبهم عمر رضى الله عنه بالجزية فابوا وخاف عمر رضى الله عنه ان ياحقوا بالرؤم فيصيروا عوناً لهم وطلبوا ان يؤخذ منهم ما يؤخذ من المسلمين فابى ذلك عمر رضى الله عنه فوقع الصالح على ان يضاعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات بحضرة من الصحابة رضى الله عنهم * ثم اختلفوا فى هذا الواجب فقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى هو جزية حتى لا يؤخذ من نساءهم وصبيانهم وقال اصحابنا رحمهم الله هو واجب بشرائط الزكوة فى حق المأخوذ منهم وخراج الارض فى حق الاخذين لان الصالح وقع على تضعيف الزكوة ومن قضية التضعيف ان يعم مواضع وجوب الصدقة ولا تتبدل الشروط والاسباب فجعل الواجب فى حقهم بشرائط الزكوة واسبابها قوله والمرأة من اهل وجوب مثله اى مثل مال وجب بالصالح قوله ولا يراعى فيها شرائطها اى لا يراعى فى المضاعفة من الزكوة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد التائب والاعطاء قائماً والقابض قاعدا واخذ التلميب 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 فى التضعيف * واما قوله عليه السلام مولى القوم منهم فقلنا قد تعذر اجراء هذا الحديث على عمومه لان عقاد الاجماع على ان مولى الهاشمى لا ينزل منزلة الهاشمى فى الكفاة وكذلك مولى القرشى على ما ذكرناه واذا تعذر اجراءه على العموم يجب تأويله على معنى التعاون والتناصر لانه من لو ازمه فان الرجل متى كان من القوم يقوم بنصرتهم واما حرمان مولى الهاشمى عن الصدقات باعتبار الاحترام والاستعظام وقد ذكرنا ان الحديث مأول بمعنى التناصر ففى التنصر استعظام فلذلك الحق مولى الهاشمى به فى ذلك المعنى كذا فى الفوائد الظهيرية * * * * * قوله

لان الغنى من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمى فليس باهل لهذه الصلوة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن او ساخ 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 وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذرايرهم) لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهو لاء عملتهم ونفقة الذرارى على الالباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال (ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء) لانه صلوة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى والله تعالى اعلم بالصواب

باب — احكام المرتدين

(قال واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه) لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته (قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والاقبل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرا كان او عبدا فان ابي قتل) وتأويل الاول انه يستعمل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار * وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب * وعن الشافعى رحمه الله ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر اقل ابد من مدة يمكنه التأمل فقدرناه بالثلث * ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربى بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب الامر وهووم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الادل * * * * * وكيفية

قوله لان الغنى من اهلها اى فى الجملة بان كان عاملا * القنطرة ما لا يرفع * والجسر ما يرفع قوله ومن مات فى نصف السنة فلا شيء له من العطاء والعطاء ما يكتب للغزاة فى الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس وفى الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مؤنة فى الاسلام كازواج النبی عليه السلام واولاد المهاجرين والانصار رضى الله عنهم وكذا لومات فى اخر السنة لا يورث العطاء لما قلنا انه صلوة فلا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة فى ذمة الزوج تسقط كذا هنا * وانما وضع المسئلة فى نصف السنة لانه لومات فى آخر السنة يستحب صرف ذلك العطاء الى قريبه لانه قد اوفى غناه فيستحب الصرف الى ورثته ليكون اقرب الى الوفاء والله تعالى اعلم بالصواب

باب — احكام المرتدين

قوله باحسن الامرين الاسلام والقتل والاسلام احسنهما قال عليه السلام لعلى رضى الله عنه لان يهدى الله بك واحدا خيرا من ان يقتل ما بين المشرق والمغرب قوله وتأويل الاول انه يستعمل فيمهل اى قوله ويحبس ثلثة ايام اذا استمهال فيمهل ثلثة ايام اما اذا لم يستمهال يقتل من ساعته فى ظاهر الرواية وفى النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يستحب للامام ان يمهل وان لم يطلب * وقال الشافعى رحمه الله يجب الامهال ولا يحل له القتل قبل ذلك قوله لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار * فان قيل هذا

نصب * * * * *

وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه
 لحصول المقصود (قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل) ومعنى الكراهية
 ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيع للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب (واما
 المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعي رحمه الله تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة
 للقتل من حيث انها جنائية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها * ولنا
 ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها
 يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية
 البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية (قال ولكن تحبس حتى تسلم) لانها امتنعت عن ايفاء حق
 الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد (وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على
 الاسلام مرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها) اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين
 الحقين * ويروي، نضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام (قال ويزول ملك المرتد عن امواله
 بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها) قالوا هذا عند ابن حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول
 ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل بقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص * وله انه حربي مقهور
 تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام
 بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا
 الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وان مات او قتل على ردة او لحق بدار الحرب وحكم
 بلحاظه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه * * * قال

نصب الحكم بالرأى في الموضوع الذي لامدخل 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
 مبيع اى كفر المحارب قوله وقال الشافعي رحمه الله يقتل لما روينا وهو قوله عليه السلام من بدل
 دينه فاقتلوه كلمة من يعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه * وبه تبين ان
 الموجب للقتل بتبديل الدين لان مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقق تبديل الدين منها والاشترار
 في العلة يوجب الاشتراك في الحكم ولان ردة الرجل تبيح القتل لتغلظ الجنائية اذ الانكار بعد الاقرار اغلظ
 من الاصرار في الابتداء على الانكار وردتها تشاركها فيه فتشاركها في موجبها كالزنا مع الاحصان * ولنا انه
 عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبديل الدين جنائية
 عظيمة ولكنها بين العبد وربها فالجزاء 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 يعود اليها كالتقصص وحده
 القذف والزنا والسرقة والشرب لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول * وانما عدل عنه
 في الرجل لدفع شر ناجز 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 الحقوق مع القدرة على الاداء
 كما في حقوق العباد قوله فلما ذكرنا اى لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار
 قوله ويزول * * * * * ملك

(قال وان مات او قتل على رده انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال رده فيئا) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كلاهما اورثته وقال الشافعي رحمه الله كلاهما في^٤ لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال هربي لا امان له فيكون فيئا* 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 يحنيفة رحمه الله تعالى عليه انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لو جوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده* ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للاستناد* وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت* وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على رده وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لو رثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفى^٤ بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانه لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد * * * * * قال

ملك المرتد من امواله برده زوالا مراعى اى محفوظا وموقوفا زواله الى ان تبين حاله لان رده توجب زوال ملكه على قول ابي حنيفة رحمه الله ثم لو اسلم فالملك ماله على ما كان وان مات او قتل يكمل السبب المزيل لملكه وقت الموت مستندا الى اول السبب وهو الردة كما في المبيع بشرط الخيار فانه اذا اجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعا فعلى هذا الطريق التورث فيه تورث المسلم من المسلم* فان قيل زوال ملكه اما ان يكون قبل الردة او معها او بعدها والحكم لا يسبق السبب ولا يقترن به بل يعقبه وبعد الردة هو كافر* قلنا نعم المزيل لملك رده كما ان المزيل للملك موت المسلم* ثم الموت يزيل الملك عن الحى لاعن الميت فكذلك الردة تزيل الملك عن المسلم وكما ان الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل عصمة نفسه وانما تزيل العصمة عن معصوم لا عن غير معصوم فيتحقق بهذا الطريق تورث المسلم من المسلم قوله ثم هو مال هربي لا امان له فيكون فيئا فيوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضائع 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 تفرغه فصار 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 بمجرد الردة تقع الفرقة فكيف يصير فارا وهي صحيح البدن قلنا لان الردة سبب الموت وحق الوارث يتعلق بمال المورث باول سبب الموت كما في المرض * * * * * فيثبت

(قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاظه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين) وقال الشافعي رحمه الله تعالى يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام * ولنا انه باللحاق هار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالتزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالوت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء 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 رحمه الله تعالى لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرر الاحتمال * وقال ابو يوسف رحمه الله وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذ لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف (وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام

ما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته في حال رده من الديون تقضى مما اكتسبه في حال رده) قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى هذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه * وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يبق بذلك تقضى من كسب الردة * وعنه على عكسه * وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين 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 لبطان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فيجئذ 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 يبق به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديمها لحقه * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما والله تعالى

اعلم (قال وما باعه او اشترى او اعنته او رهبه او رهه او تصرف فيه من امواله في حال رده فهو موقوف

فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل اولحى بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه)
* * * * *

فيثبت التعلق باول اجزاء الردة * ثم البيئونة بعد تمامها وهو في اتمام الردة مختار فيتحقق منه الابانة في حال ما تعلق حقه بماله فيصير فارا وهذا بخلاف ارتداد المرأة في صحتها لان ارتدادها لم يكن سببا للموت اذ هي لا تقتل بالردة والمرتدة اكسابها لورثتها المسلمين لانه لا هراب منها فلم يصير مالها فيئا بل بقي على ملكها واحق الناس بملكها 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 كاكساب المكاتب تكون خالصة له وهي ملك المولى فيكون معنى قوله خالص حقه اي لا يتعلق به حق الورثة * واقصى ما في الباب ان يكون ذلك فيئا على تقدير موته على الردة وكونه فيئا لا يخرج من ان يكون حقه باقيا فيه حتى تقضى ديونه منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله بجماعة المسلمين وتقضى ديونه منه * * * * * قوله

* وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم * ومختلف في توقيه وهو ما عدناه * لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ 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 لسنة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابي يوسف رحمه الله تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة * وعند محمد رحمه الله تعالى عليه تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نخلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضى الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل * ولا يخيفه رحمه الله تعالى عليه انه حربى مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقيه الملك وتوقيه التصرفات بناء عليه وصار كالحربى 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 العمى لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حرية ولهذا لا تقتل (فان عاد المرتد بعد الحكم بالحقاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجدته في يد ورثته من ماله بعينه اخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغناؤه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه

قوله وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضى بالحقاقه بطلت المفاوضة اتفاقا ولكن يظهر انها كانت عنا نا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله يبطل اصلا لان في العنان وكالته وهى موقوفة قوله على ما قررناه من قبل وهو قوله لانه مكلف محتاج آه قوله ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لسنة اشهر من امرأة مسلمة يرثه وهذا لا يوضح ان الملك للمرتد باق وانما قيد بقوله من امرأة مسلمة لان الام اذا كانت نصرانية كان الولد مرتدا تبعا لابيئه لانه اقرب الى الاسلام من النصرانية لانه يجبر على الاسلام بخلاف النصرانية والمرتد لا يرث احدا لانه لاملة له ولا ولاية لانها كرامة وهو مهان والارث من باب الولاية وان كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها والمسلم يرث من المرتد ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه هذا ايضا لا يوضح ان الردة ليست كالموت من كل وجه واهلية المرتد للملك باقية قوله وصار كالحربى يدخل دارنا بغير امان الى قوله وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله لان هناك يتوقف حال الحربى بين الاسترقاق والقتل والمن وههنا بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل فان ترك نفذ وكذلك هنا * توضحه ان المرتد هالك حكما والهالك الحقيقى ينفى مالكية المال ولا ينفى توقيه المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذلك الهالك الحكيم واذا توفى الملك توفى ما يبتنى عليه من التصرفات كما في الحربى الذى ذكرنا بخلاف المقضى عليه بالفصاص والرجم فهناك لم يزل ما به عصمة المال والنفس وهو الاسلام وانما استحق نفسه بما هو من حقوق تلك العصمة في حق ولى القصاص حتى لو قتله غير ولى القصاص بغير اذنه يقتل القاتل فيبقى مالكا حقيقة لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا ما به كانت العصمة في حق النفس في حق الكل فكذلك في حق المال لانه تابعه للنفس في العصمة ولان تأثير الردة في نفى المالكية فوق تأثير الرق فان الرق ينفى مالكية المال ولا ينفى مالكية النكاح والردة ينافيهما فلما لم يعتبر تصرف الرقيق باعتبار مالكية المال فههنا اولى قوله في الفصلين اى في فصل الحربى والمرتد * * * * *

لان القضاء قد صح 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 فبى ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة اولحق 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 والثاني انتقل الى الورثة بقضاء الناضى باحقاقه فكان الوارث مالكا قديما (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكانه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالمكتبة جافزة والكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم) لانه لا وجه الى بطلان الكتابة * * * * *

قوله لان القضاء قد صح لان القاضى قضى بعقتهن عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له ان يميته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له ان يميته حكما فاذا قضى عن ولاية ينفذ قضاؤه والعق بعد وقوعه لا يمتثل النقض قوله بدليل مصحح وهو قضاء القاضى باحقاقه قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضى قوله فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر وكذا الحكم في ستة اشهر وفائدة التقييد به انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فالولد يرث من ابيه المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب واما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت الردة لا يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله قوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك قوله فالولد تبع له لقربه الى الاسلام * فان قيل لم لا يجعل مسلما باعتبار دار الاسلام كاللقيط * قلنا لان تبعية الدار عند عدم الابوين فاما عند وجودهما فلا يثبت ابتداء الاسلام للولد باعتبار الدار كالصغير اذ اسبى ومعه احد ابويه * فان قيل يشكل على هذا الولد المولود بين المسلمين اذا ارتد ابواه فانه يبقى الولد مسلما مادام في دار الاسلام باعتبار الدار فعلم بهذا ان تبعية الدار معتبرة عند الابوين ايضا * قلنا انما كان كذلك لان هناك قد ثبت للولد حكم الاسلام قبل ارتداد ابويه باعتبار تبعيتهما فيبقى على ما كان باعتبار بقاءه في دار الاسلام بخلاف ما نحن فيه فانه لم يكن لهذا الولد حكم الاسلام فلا يثبت ابتداء الاسلام باعتبار الدار اذا كان في يد ابوين كافرين * وفي الفوائد الظهيرية بعد ذكر ورثة الولد فيما اذا كانت امه مسلمة * وما قال في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام ليكون فيه توريت المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة يضاعف بهذه المسئلة لان الولد هنا لم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم بهذا ان الصحيح هو ما رواه محمد عن ابي حنيفة رحمه الله انه يرثه من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعد ذلك قوله والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضى هذا اذا رجع بعد قضاء القاضى بماله لورثته فاما قبل القضاء فكذلك في رواية وفي رواية يكون فيئا لان بمجرد اللحق 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 اللحق بدار الحرب فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت فانما اخذ المرتد مال الورثة فلماذا يرد عليهم قوله فالمكتبة اى بدل الكتابة * * * * *

لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقوف فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على رده

فالدية في ما اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا الدية فيما اكتسبه في حال الاسلام والردة جميعا) لان العواقب لاتعقل لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجرى الارث فيهما عندهما وعند ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه * ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيثما عنده (واذا قطعت يد

المسلم عمدا فارتد والعباد بالله ثم مات على رده من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله لورثته) اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يباحته الاعتبار اما المعبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة * واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاظه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذالم يقض القاضى بلحاظه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى (قال فان لم يباحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة) وهذا عند ابي

حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (وقال محمد و زفر رحمهما الله في جميع ذلك نصف الدية) لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم * ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله * وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين (واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب

واكتسب مالا فاخذ بماله وابي ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاة مكاتبته وما بقى لورثته) وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتباً واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة * * * * *

قوله لنفوذها بدليل منفذ لصدورها من الابن حال ولايته قوله لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب الى الضمان بالاسلام لان الرهنة معنى لومات عليه بالسراية لا يلزم شيء فكذا اذا لم يموت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او تناقضا البيع ثم مات لا يجب الادوية اليد كمالو مات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يجب بالسراية شيء ولان البيع معنى يقطع ملكه في النفس مع قيام النفس محترمة والردة تبطل حق النفس اصلا الا انا نقول ان الردة ليست بابراء عن ضمان الجناية وضعا ولا شرعا بل هي لتبديل الدين الاثرى 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 كالابراً كذا في الاسرار قوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين فانه اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لو عزم الملك عند اليمين او عند الحنث لم يعتق هذا هو الحكم في المقطوعة يده وان كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوعة يده من قطع اليد مسلماً فاذا كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العهد القود وقد فات محله حين قتل على رده او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلماً و جنابة المسلم اذا كانت خطأ على عاقلة وتبين بالسراية ان جنابته كانت قتلاً

والكتابة لا تتوقى بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقى تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى (واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا و ولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولد ان في ء) لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها (ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد) وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام * وهى رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين * والثانية صدقة الفطر * والثالثة جر الولاة * والاخرى الوصية للقرابة * * * * * قال

قوله والكتابة لا يتوقى بالردة لانها لا تبطل بحقيقة الموت فلا تبطل باللمحاق الذى هو شبه الموت * فان قيل سلمنا ان المكاتب يملك اكسابه وان كان مرتدا لكن لما قتل عن وفاء كان حرا في آخر جزء من اجزاء حياته كما هو مذهبنا ثم يستتب حرية الى ما قبل الموت حتى يحكم بجزية اولاده الموجودين في حال كتابته فحينئذ كان ما اكتسبه في حال الارتداد كسب الحر المرتد فيجب ان يكون فيئا على قول ابي حنيفة رحمه الله * قلنا ذلك جواب القياس واما جواب الاستحسان فهو ميراث لورثته لانا حكمنا بجزية بالاداء بعد الموت في الحقوق المستحقة بالكتابة وذلك حرية اولاده وحقيقة الملك له في المكاسب وفيما عدا ذلك يعتبر ميتا عبدا الا ترى انه لا ينفذ وصيته وان مات عن وفاء لانها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة واذا كان كذلك فنقول في عدم صيرورته فيئا يجعل كانه مات عبدا وكسب العبد المرتد لا يكون فيئا كذا في الفوائد الظهيرية قوله فكذا بالادنى وهو الردة يعنى ان الرق اقوى من الردة في المانعية من التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاء وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما اما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقى تصرف المكاتب مع انه رقيق لم يتوقى تصرفه ايضا مع انه مرتد بالطريق الاولى قوله فحبلت 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 ابعد عن الاسلام ومتى كان في دار الاسلام كان اقرب الى الاسلام باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرا هنا بالطريق الاولى قوله ولا يجبر ولد الولد وهو ظاهر الرواية * ووجهه انه لو كان مسلما تبعا لجده كان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام فلا يجبر على الاسلام تبعا للجد ولا يجبر ايضا تبعا لآبيه وهو الولد الاول لان التبعية لا يستتبع غيره * وقوله فالولد ان في ء 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 الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل * وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله جعل الجد 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 والجد موسر هل يجب فطرة الحافظ على الجد ام لا * وصورة جر الولاة انه اذا اعتق الجد والحافظ حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافظ لموالى الجد ام لا * وصورة الوصية للقرابة اذا اوصى رجل لذي قرابة لا يدخل الولد ان فيها وهل يدخل الجد ام لا ففي ظاهر الرواية يدخل وفي رواية الحسن لا يدخل * * * * * قوله

(قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل)
 واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه ارتداده ليس بارتداد
 واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد * لهما في
 الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له * ولنا فيه ان
 عليا رضى الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة
 الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والمحقق لا ترد
 وما تتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهى من اجل المنافع وهو الحكم الاصلى ثم يبتنى عليه غيرها فلا
 يبالي بشوبه * ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه
 لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر * ولا يى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى 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 * * * وهذا

قوله ولا يقتل اى وان ادرك كافرا قوله وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك
 مشهور وهو قوله * سبقتكم الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت اوان حلم * وقيل اول من اسلم من الرجال
 ابوبكر رضى الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان على رضى الله عنهم والتعلق به مشكل اذ لم
 ينقل انه عليه السلام صحح اسلامه في احكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة * وان قلت صحح
 في احكام الآخرة فهذا 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 و الردة مضرة محضة ولا يلزم من تحقق ما هو منفعة
 محضة تحقق ما هو مضرة محضة وان كان بعد وجوده حقيقة الا ترى ان قبول الهبة صحيح لانه منفعة
 محضة وردها باطل لانه مضرة محضة فكيف يقاس الردة بالاسلام * قلنا هذا من اعتبار الشىء بعد وجود
 حقيقته فبعد ذلك لا يعتبر انه منفعة للصبي او مضرة وهذا لان الردة منه بجهل يخالفه وجهله في سائر
 الاشياء معتبر حتى لا يجعل عارفا اذا علم جهله به فكذلك جهله برده فيها يعلم ان قياس الردة بالاسلام
 صحيح من حيث ان فى كل منهما اعتبارا للشىء بعد وجود حقيقته وبعذر الصبي لا يجعل ما وجد منه حقيقة
 انه غير موجود الا ترى ان الصبي اذا صام ثم اكل عامدا ينعدم الصوم لوجود حقيقة الاكل ولا يعذر
 بالصبي لان من ضرورة كونه اهلا للعقد كونه اهلا لرفعه كما انه لما كان اهلا لعقد الاحرام والصلوة
 كان اهلا للخروج منه * وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الى غيره الا ترى ان ضرر
 الردة يالحقه بطريق التبعية اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يالحقه من جهة ابيه
 فيجب ان لا يالحقه من جهة نفسه ايضا قوله ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان
 فى هذا التعليل نوع نظر اذ لو كان سقوط القتل عنه باعتبار المرحة لصباه كان ينبغى ان لا يعذب فى
 النار مخلدا كسائر الكفار وقد صح ان الصبي الكافر يخلد فى النار فالصبي المرتد اولى لان كفره اغلظ
 والصحيح ما علل به فى المبسوط لانه انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء فى صحة اسلامه * قوله

* وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغيير العقيدة * وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل والله تعالى اعلم بالصواب

باب — البغاة

(واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شهتهم) لان عليا رضى الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم * * * ولانه

قوله وهذا في الصبي الذي يعقل يعنى في صبي عاقل يقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد عليه السلام حتى اذا ناظر الموحد افهم واذا ناظر الملحد افحم 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 شرعى والحجر عن الاسلام باطل ولا يحكم بصحته لضرر يلحقه وذا باطل لانه سبب السعادة الابدية فكان محض منفعة في الدنيا والآخرة وهو الحكم الاصلى الموضوع له * ثم قد يبتنى عليه هرمان الارث والفرقة فلا يبالي بذلك لان المنظور اليه في التصرفات الموضوعات الاصلية الا ترى ان اذا ثبت اذا جعل مسلما تبعا لغيره والتبعية فيما يتحضر نفعا لا فيما يشوبه ضرر وكونه موليا عليه لا ينفى كونه وليا بل يثبت الامر ان لينتفع بهما وهذا لانه لما كان قاصر الاهلية صالح موليا عليه ولما كان صاحب اصل الاهلية صالح 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 لابيويه واذا كان مسلما تبعا لا يكون مسلما باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة وقولهم في الردة انها مضرّة 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 البينة على حرية * فان قيل لو صح 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 والنفل وبخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لغيره لان صفة الفرضية في الاصل مغنية عن اعتباره في التبعية ولانه لو لم يصف الاسلام بعد ما عقل لا يقع الفرقة بينه وبين امرأته ولو صار عقله معتبرا في الدين لوقعت الفرقة اذا لم يحسن ان يصفى كما بعد البلوغ * قلنا انما لم يكن مخاطبا بالاداء لدفع الحرج عنه اذا امتنع وهذا يدل على انه يحكم بصحته اذا ادى باعتبار ان عند الاداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود كالمسافر لا يخاطب باداء الجمعة واذا ادى يقع ذلك فرضا منه بهذا الطريق وهذا لان عدم توجه الخطاب بالاسلام لدفع الضرر ولا ضرر عليه اذا ادرج 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 لابيويه فيه فلا يجعل اصلا * قلنا انما يمتنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة اذا كان بينهما مضافة فاما اذا تأيد احدهما بالاخر فذلك مستقيم كالرأة اذا سافرت مع زوجها ونوت السفر فهي مسافرة بنيتها مقصودة وتبعا لزوجها ايضا والله تعالى اعلم بالصواب

باب — البغاة

قوله باهل حروراء وهى قرية بالكوفة تمد وتقصر وسبب خروجهم انهم قالوا القتال واجب بالنص وعلى رضى الله عنه ترك القتال بالتحكيم فارسل على عبد الله بن عباس رضى الله عنهما * ليكشف

ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به (ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم)
قال العبد الضعيف رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى رحمه الله في مختصره * وذكر الامام المعروف بنجواهر زاده
رحمه الله ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا * وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز حتى
يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكافر مبيح عنده
* ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما
لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال
ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان * والمروى عن
ابى حنيفة رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب
عند الغناء والقدرة (فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم وانبع موليمهم) دفعا لشرهم كيلا يلتحقوا بهم
(وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليمهم) لان دفاع الشر دونه * وقال الشافعى رحمه الله
لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا * وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله
لا حقيقته (ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال) لقول على رضى الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير
ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب * وقوله في الاسير تاويله اذا لم تكن لهم
فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال
(ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز * والكراع
على هذا الخلاق له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه * ولنا ان عليا رضى الله عنه قسم السلاح
فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند
الحاجة ففى مال الباغى اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الاذى لرفع الاعلى (ويجبس الامام اموالهم ولا يردها
عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلن دفع شرهم بكسر
شوكتهم ولهذا يجبسها وان كل لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد
بعد التوبة فلان دفاع الضرورة ولا استغنام فيها * * * * * قال

ليكشف شبهتهم فلما ذكروا قال ابن عباس رضى الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنى من بيض الحمام وفيه
التحكيم لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم على رضى الله عنه موافقا للنص فالزمهم بالحجة
فتاب البعض واصر قوم على ذلك **قوله** اهون الامرين الدعاء الى العود الى الجماعة بكشف
شبهتهم والقتال **قوله** المعروف بنجواهر زاده رحمه الله وهو خواهر زاده للقاضى الامام ابى ثابت رحمه
الله **قوله** والمروى عن ابى حنيفة رحمه الله من لزوم البيت قال ابو حنيفة رحمه الله اذا وقعت الفتنة
بين المؤمنين ينبغي ان يعزل الفتنة ويحترز عنها ويلزم البيت ولا يخرج الى الفتنة وتاويله 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
الجمل وقعة عائشة رضى الله عنها مع على رضى الله عنه بالبصرة سميت بذلك لانه كانت على جمل اسمه
عسكر **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 دروعا حالة المحاربة بغير
رضاه فقال اغصبا يا محمد فقال لا بل عارية موداة **قوله** واما عدم القسمة فلما بيناه انهم مسلمون
والاسلام يعصم النفس والمال * * * * * **قوله**

(قال وما جباه اهل البغى من البلاد التى غلبوا عليها من الحراج والعشر لم يأخذها الامام ثانيا) لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحممهم (فان كانوا صرفوه فى حقه اجزى من اخذ منه) لوصول الحق الى مستحقه (وان لم يكونوا صرفوه فى حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك) لانه لم يصل الى مستحقه * قال العبد الضعيف رضى الله عنه قالوا لا اعادة عليهم فى الحراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفى العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه فى الزكوة وفى المستقبل يأخذها الامام لانه يحممهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغى ثم ظهر عليهم فليس عليهم شىء) لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فام ينعقد موجبا كالقتل فى 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 اهله احكامهم وان عجزوا قبل ذلك وفى ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغى وقال كنت على حق وانا الان على حق ورثته وان قال قتلته وانا اعلم انى على الباطل لم يرثه) وهذا عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرث الباغى فى الوجهين وهو قول الشافعى رحمه الله واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغى او ماله لا يضمن ولا يائمه لانه مأمور بقتالهم دفعا لشركهم والباغى اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويائمه * وقال الشافعى رحمه الله فى القديم انه يجب * وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقتل نفسا او مالا * له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة * ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم رواه الزهرى رحمه الله ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه مباح بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة فى حق الدفع كما فى منعة اهل الحرب وتأويلهم * وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالتزام او الالزام ولا التزام لاعتقاد الاباحه عن تأويل ولا التزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل يثبت الالتزام باعتقاد اجماع الاثم لانه لامنعة فى حق الشارع * اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغى بحق فلا يمنع الارث * ولا يي يوسف رحمه الله فى قتل الباغى العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر فى حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبرا فى حق الارث * ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الان من شرطه بقاؤه على ديانتبه فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان * * * * * قال

قوله كالقتل فى دار الحرب وهو انه اذا قتل مسلما فى دار الحرب ثم ظهر عليهم فليس على القاتل شىء فكذلك ههنا * والجامع انقطاع ولاية الامام فى حالة الجنابة قوله رواه الزهرى رحمه الله قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله عليه السلام كانوا متوافرين فانفقوا على ان كل دم اريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل فهو موضوع وكل مال اتلف بتأويل القرآن فهو موضوع لان التأويل الفاسد تنزل منزلة الصحيح فى حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل اهل الحرب فانهم لا يضمنون ما اتلفوا علينا لهذا المعنى * وذلك لان اهل البغى يستحلون الدماء بتأويل ان ارتكاب الريب كفر وقد صارت لهم منعة دافعة فصح الدفع منهم فلا يضمنون لان لزوم الاحكام بالالتزام او بالالزام ولا التزام لانه باعتقاد حرمة الاثلاف وهم يعتقدون حله حيث يقولون عصى الله ولم يعمل بهوجب الكتاب قوله الا ان من شرطه اى من شرط الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانتبه قبل استيفاء حقه فبطل واذا قال كنت على الباطل انتفى الدافع وهو التأويل الفاسد فيجب الضمان فيحرم عن الميراث قوله

(قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم) لانه اعانة على المعصية وليس بيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لايبيع مالا يقاقل به الابصنة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الحزم مع العنب والله تعالى اعلم بالصواب

* * * * *

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب

قال * * * * *

قوله لانه اعانة على المعصية وهي حرام لقوله 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 اولاً قوله ما لا يقاقل به الابصنة كالحديد قوله وعلى هذا الحزم مع العنب يعني لا يكره بيع العنب ممن يجعله خمرا اذ العنب ليس باآلة المعصية وانما تصير بعد صيرورته خمرا اما السلاح فانه آلة الفتنة في الحال فيكره بيعه ممن يعرف بالفتنة والله تعالى اعلم بالصواب *

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 قتيلاً فله سلبه * وفي الشريعة اسم لمولود طرحه اهله خوفاً من العيلة او فراراً من *
- * تهمة الزينة * مضيعه آثم ومحرز غانم لما في احرازه من احياء النفس فانه *
- * على شرف الهلاك وحياء الحي بدفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى *
- * ومن احيائها فكانما احيى الناس جميعاً 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 *
- * اطهار الشفقة على الاطفال *
- * وهو من افضل الاعمال *
- * فلهذا ندب التقاط *
- * اللقيط ووجب ان *
- * غلب على ظنه *

قوله

* ضياعه *

(قال المقيط حر) لان الاصل في بنى آدم انها هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار 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 الذى لامال له ولان ميراثه لبيت المال والحراج بالضمان ولهذا كانت جنابته فيه والمملتق متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضى به ليكون ديننا عليه لعموم الولاية (قال فان التقطه 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 الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط * وجه الاستحسان انه اقرار للصبى بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعبر بعده * ثم قيل يصح في حقه ذن ابطال يد الملتقط * وقيل يبتنى عليه بطلان يده * ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا * والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل (وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به) لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه (وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنيهما) لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لامناع له فيه الا اذا اقام الاخر البيينة لان البيينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمى انه ابنه ثبت نسبه 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

قوله ولان الحكم للغالب اى يكون حرا باعتبار الغلبة لان الغالب فيمن يسكن في دار الاسلام الاحرار قوله والحراج بالضمان الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه الخراج بالضمان اى الغلة بسبب ان ضمنه والمراد هنا ان ميراثه لبيت المال بسبب ان ضمن بيت المال مؤنثه قوله ولهذا اى ولان بيت المال ضمن مؤنثه كانت جنابته في بيت المال فنكون نفقته فيه قوله الا ان يأمره القاضى به ليكون ديننا عليه لعموم الولاية فحينئذ يرجع لان للقاضى ولاية عامة فصار امر القاضى كامره بنفسه لو كان من اهل الامر هذا اذا امره بالانفاق ليرجع عليه بان يقول انفق عليه على ان يكون ذلك ديننا عليه فان امره بالانفاق عليه فقط قيل يرجع لما بينا والاصح ان لا يرجع لان مطلقه يحتمل الحسبة والاستدانة عليه فلا يرجع عليه بالشك قوله والاصح انه على القياس والاستحسان الا ان هذا قياس آخر سوى الاول * وجه القياس انه مناقض في كلامه لانه زعم انه لقيط في يده وابنه لا يكون لقيطا في يده * ووجه الاستحسان انه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الاقرار وهذا الالتزام تصرف منه على نفسه وله هذه الولاية والتناقض لا يمنع دعوى النسب كما اذا كذب الملاعن نفسه وهذا لان سببه خفى فربما يشتبه عليه الامر في الابتداء فيظن انه لقيط ثم يظهر له انه ولده * وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به اذ العلامة اصل في الشريعة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى ان كان قميصه قد من قبل الالية * وكذا لو سبقت دعوة احدهما الا اذا اقام الاخر البيينة لترجح دعواه بالبيينة قوله في السبب وهو الدعوة 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 تبعا له في الدين فكان حكما بابطال اسلامه قوله فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وليس من ضرورة رد قوله في احد الحكمين رده في الاخر لان النسب ينفك عن الدين فولد الكافر من امرأة مسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم * * * * * قوله

(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 كل الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سباعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبى مع الصغير احدهما يعتبر كافرا * وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير (ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده (فان ادعى عبد انه ابنه يثبت نسبه منه) لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد نلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمى) ترجحا لما هو الا نظر 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 وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة (قال ولا تصرفه في مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لثمير 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 ونملكه الام ووصيها (قال ويسلمه في صناعة) لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله (قال ويواجه) قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري رحمه الله في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يواجهه ذكره في الكراهية وهو الاصح * وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه * وجه الثاني انه لا يملك اتلاف منفعه فاشبهه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما ذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى * * كتاب

قوله وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير اى ايهما 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 خصما عنه فيما يضره * قلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق بحفظه لانه لقيط ولا يتوصل المدعى الى استحقاق يده الا باقامة البينة على رقه فلهذا كان خصما عنه قوله فهو له اعتبارا للظاهر * فان قيل الظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتا للاستحقاق وليس له ذلك * قلنا بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير ثم الظاهر ان يكون الاملاك في يد الملاك وكذا الظاهر يدل على ان من وضعه ومع هذا المال لينفق عليه منه وكذا اذا كان مشدودا اى 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 احياه بالالتقاط والتربية فوجب ان تثبت له الولاية كالعتق تثبت له الولاء بالاعتناق الذى هو احباء حكما * قلنا الرقيق في صفة المالمية هالك والمعتق يحدث فيه هذا الوصف والقيط كان حيا حقيقة ومن اهل الملك حكما فالملتقط لا يكون محميا له لا حقيقة ولا حكما قوله بخلاف الام لانها تملكه اى تملك الام اتلاف منفعه بلا عوض بالاستخدام فبعوض الاجارة اولى * وانما صح تسليمه في حرفة لانه نافع له مطلقا لانه اذا كان مشغولا بعمل قلما يشتغل بالفساد والله تعالى اعلم * * * * * كتاب

كالنواة وقشور الرمان يكون القاوّه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح (قال وان جاء صاحبها والآنصدق بها) ايصالا للمحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصديق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها (قال فان جاء صاحبها) يعنى بعد ما تصدق بها (فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها) لان التصديق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والمملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي 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 حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المحمصة 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 رحمهما الله اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل * وعلى هذا الخلاف الفرس * لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع من نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والتدب الى الترك * ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة * * * فان

يعنى سواء كانت اللقطة من جنس واحد او من اجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب لان اللقطة اسم جنس فيتناول الكل قوله كالنواة وقشور الرمان اى في مواضع مختلفة فوجد من ذلك شيئا كثيرا فجمعها وصار يحكم الكثرة لها قيمة فلا بأس بالانتفاع بها ولكنه مبقى على ملك مالكه حتى كلن له ان يأخذه من يد الملتقط وان وجدته مجتمعا لم يحل له ان ينتفع به لان الظاهر ان مالكه ما القاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه * وذكر شيخ الاسلام رحمه الله في شرح كتاب التدبائح انه ليس للمالك ان يأخذها من يده بعد ما جمعها واخذها ويصير ملكا للاخذ وكذا الجواب في التقاط السنابل وبه كان يفتى الصدر الشهيد رحمه الله كذا في الذخيرة قوله والمملك 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 الفضولي فانه يشترط فيه قيام المحل وهو المبيع لثبوت المملك فيه بعد الاجازة وهذا لان التصديق لو حصل باذن الشارع والمالك يثبت للفقير ملك لازم ولو حصل بغير اذنها لا يقع المملك للفقير قبل الاجازة كما في بيع الفضولي فاذا حصل باذن الشارع وبغير اذن المالك وفرنا على الامرين حظهما فقلنا من حيث ان التصديق حصل باذن الشرع يمكنه الفقير قبل الاجازة ومن حيث انه بدون اذن المالك يثبت للفقير ملك غير لازم قوله وان شاء ضمن الملتقط * فان قيل كيف يضمنه وقد تصدق باذن الشرع * قلنا الشرع اباح له التصديق وما الزمه 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 به وايهما ضمنه لم يرجع على الآخر بشئ * اما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بها لحقه من الضمان على غيره واما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشئ * قوله واذا كان معها اى مع اللقطة ما يدفع به عن نفسها كالقرن في حق البقر وزيادة القوة في حق البعير بعدوه وكدمه ونفحه فيقضى بالكراهة اى بكراهة الاخذ * قوله

(فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك (وان انفق بامره كان ذلك ديناً على صاحبها) لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين (واذا وقع ذلك الى الحاكم نظريه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرها) 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 الاصاح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة ديناً على مالها) لانه نصب ناظراً وفي هذا نظر من الجانبيين * قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة ايام على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان ادارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة * قال رضى الله تعالى عنه وفي الاصل شرط اقامة البيئنة وهو الصحيح لانه يجهل ان يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البيئنة لكشف الحال وليست البيئنة تقام للقضاء * وان قال لبيئنة 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 ديناً على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تتبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك * وهذه رواية وهو الاصح (قال واذا حضر) يعنى المالك (فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حين بنفخته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق 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 شبيه الرهن (قال ولقطة الحل والحرم سواء) وقال الشافعي رحمه الله يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا تحل لقطتها الا لمشدها * ولنا قوله عليه السلام اعرفى عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصديق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرهما * وتأويل ما روى انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهراً (واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم

البيئنة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) * وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى يجبر والعلامة مثل ان يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها * لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البيئنة لعدم المنازعة من وجه * * * * * ولنا

قوله وفي هذا نظر من الجانبيين اى من جانب المالك بابقاء عين ماله له ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة * قوله وفي الاصل شرط اقامة البيئنة اى يقيم الملتقط البيئنة على ان هذه الدابة لقطة عندى قوله وليست البيئنة تقام للقضاء * جواب لسؤال وهو ان يقال ان البيئنة لا تقبل من غير خصم حاضر ولا خصم ههنا * قلنا هذه بيئنة تقام لكشف الحال للقضاء والحكم في مثل هذا ليس بشرط قوله وهذه رواية وهو الاصح هذه هي الرواية التى ذكرنا فى مسألة القيط من المبسوط بان الاصح ان يأمر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون ذلك ديناً على القيط فحينئذ يرجع على القيط والافلا * وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفى للرجوع * وانما قال لم تتبع اللقطة لان القاضي لو رأى المصاححة في بيع اللقطة بعد ما انفق الملتقط عليها يوماً او يومين فله ذلك ودين الملتقط يودى من ثمن اللقطة قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه حين بنفخته قوله ولا تحل لقطتها الا لمشدها يقال * * * * * انشدت

* ولنا ان اليد حق مقصود كالمالك فلا يستحق به الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالمالك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعى الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة * وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا (ولا يتصدق باللقطة على غنى) لان المأمور به هو التصديق لقوله عليه السلام فان لم يأتيه يعنى صاحبها فليصدق به والصدقة لا تكون على غنى فاشبهه الصدقة المفروضة (وان كان الملتقط غنيا لم يجزله ان ينتفع بها) وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رضى الله تعالى عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتمتع بها وكان من المياسر ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغنى يشاركه فيه * ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما روينا او بالاجماع فبقى ما وراه على الاصل والغنى محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها * * * وانتفاع

انشدت الضالة اى عرفتها ويقال انشدتها اى طلبتها كذا فى الصحاح * ثم معنى الحديث ولا تحل لقطتها اى لقطه مكة الا لمنشدها اى لطلبها وهو المالك عند الشافعي رحمه الله وعندنا المراد من المنشد المعرف ولهذا ذكر فى رواية اخرى ولا يلتقط لقطه الا من عرفها * والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه باعتبار انها للغرباء ظاهرا فيناول ويقول ان مالكمها ذهب ظاهرا فلم يحتاج الى التعريف * العفاص الوعاء الذى تكون فيه اللقطة من جلد او خرقة او غير ذلك يقال او كى السقاء اذا شده بالوكاء وهو الرباط الذى يشد به قوله ولنا ان اليد حق مقصود كالمالك بدليل انه يجب الضمان فى غضب المدبر باعتبار ازالة اليد لما ان المدبر غير قابل للنقل ملكا قوله بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده اى عند ابي حنيفة رحمه الله * وصورة ذلك ميراث قسم بين الغرماء اوبين الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ * والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر هنا ليس بثابت ولهذا كان له ان لا يدفع اليه المال لان الكلام فى الدفع اليه بذكر العلامة * واما فى مسألة الوارث فتحق الحاضر معلوم وحق الآخر موهوم وعسى ان لا يكون فلا يجوز تأخير حق الحاضر الى وقت التكفيل لامر محتمل لا امانة عليه هذا اذا دفع اللقطة بذكر عسى ان يكون العلامة واما اذا دفع اللقطة بحكم ان الحاضر اقام البينة على انها له ففى اخذ الكفيل روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله والصحيح انه لا يأخذ كفيلا قوله وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر فلما لم يكن ظاهر اجاز ان يكون المالك هو الذى حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما اياه الدفع اليه * ثم فى الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك فى يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك فى زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع فى قبضه له بامره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم فى تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا فى زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمنه كذا فى المبسوط قوله حملا له على رفعها اى ليكون حاملا وباعثا على رفعها قوله لاطلاق النصوص لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم

وانتفاع ابي رضى الله تعالى 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 والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب — الاباق

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 يحبسها ولو رفع الضال لا يحبسها لانه لا يؤمن على الآبق الاباق 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 رحمة الله تعالى عليه لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال * ولنا ان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل * * الا

قوله وانتفاع ابي كان باذن الامام اى 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 يحتمل انه علم فقره وحاجته لديون عليه فاذن له في الانتفاع بها وخطها بماله ويحتمل ان ماله دون النصاب ويحتمل ان ذلك المال كان لحربي لا املن له وذلك لان دار الاسلام يومئذ لم يكن فيها منعة وقد عرفها ثلث سنين فكان الظاهر انها لو كانت لمسلم 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 ساقه الله اليك ولكن مع هذا امره بان يعرف قوله من تحقيق النظر من الجانبين وهو نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط لما ذكرنا اى من تحقيق النظر من الجانبين والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب — الاباق

الآبق هو المملوك الذى فر من صاحبه تمردا وعنادا * والضال هو الذى ضل الطريق الى منزله قوله لما فيه من احيائه لان الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له قوله ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان هذا اختيار شمس الأئمة السرخسى رحمة الله واما اختيار شمس الأئمة الحلوانى رحمة الله 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 فاجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حاصل على الرد اذ الحسبه نادرة فتحصيل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع والاسمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفى * ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأى القاضى * وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر (قال وان كانت قيمته اقل من

اربعين يقضى له بقيمة الدرهما) قال رضى الله عنه وهذا قول محمد رحمة الله تعالى عليه * وقال ابو يوسف رحمة الله تعالى عليه اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصالح على الزيادة بخلاف الصالح على الاقل لانه حط منه * ولمحمد رحمة الله تعالى عليه ان المقصود حمل الغير على الرد ليحمي مال المالك فينقص درهم ليسام له شيء * * * * * تحقيقا

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 المصر فله عشرة دراهم وان اخذه خارجا من المصر فله اربعون درهما * وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه حين قدم رجل باباق من القوم فقال القوم لقد اصاب اجرا وجعلا 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 مقداره 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 افاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى 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 النبي عليه السلام والمثبت للزيادة من الاخبار عند التعارض اولى فلذا اخذنا بالاكثر * واذا اتى رجل بعبد آبق فاخذه السلطان فحبسه فجاء رجل واقام البينة انه عبده فانه يستخلفه بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه وذلك لانه لما اقام البينة فقد اثبت ملكه فيه بالحجة الا انه يحتمل ان يكون باعه او وهبه ولا يعرف الشهود ذلك * فان قيل كيف يستخلفه وليس ههنا خصم يدعى ذلك * قلنا يستخلفه صيانة لقضاء نفسه والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن اسباب الخطأ بحسب الامكان او يستخلفه نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري او موهوب له فاذا حلف دفعه اليه * وفي اخذ الكفيل منه روايتان وهو الاصح وان لم يكن للمدعى بينة 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 اقر انه 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 المبسوط 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 عبدى قد ابى فان وجدته فخذ فقال المأمور نعم ثم قال ان المأمور وجدته على مسيرة ثلاثة ايام فاخذه ورده على المولى فلا جعل له لان المولى قد استعان منه في رد الآبق وقد وعد الاعانة والمعين لا يستحق شيئا قوله ولهذا لا يجوز الصالح على الزيادة اى لا يجوز الصالح مع الراد على الزيادة على اربعين * * * * * لانه

تحقيقا للفائدة واما ام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولركان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الاخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم اطلاق الكتاب (قال وان ابق من الذى رده فلاشء عليه) لانه امانة في يده لكن هذا اذا شهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضى الله تعالى عنه * * * * * وذكر

لانه يتضمن بطلان التقدير الثابت شرعا ولا كذلك الصلح على الاقل لان له ان لا يأخذ شيئا اصلا فله ان يحط * والجواب لرحمة الله ان المطلق قد يتقيد بدلالته الفرض كالاذان فانه شرع جهرا مع ان الاصل في الاذكار الاخفاء فيتقيد النص بما اذا كانت قيمته اكثر من اربعين **قوله** تحقيقا للفائدة والجواب عنه ان الفائدة تجعل بالاكتساب لان كسبه يزيد على قيمته ظاهرا ولهذا قلنا بوجوب الجعل في ام الولد **قوله** وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن لانها مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن * فان قيل الجعل يجب باحياء المالمية ولا مالبة لام الولد خصوصا عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه * قلنا المالك احق بكسبها ولها مالبة باعتبار كسبها وقد احياه الراد بالرد فيستوجب الجعل عليه فان مات المولى قبل ان يصلا اليه فلا جعل له 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 محيا لمالبيته 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 الجملة في ذلك ان الراد اذا كان في عيال مالك العبد اى في مؤنته ونفقته 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 اياه فله الجعل * وذكر في المبسوط جواب القياس بان الراد الذى هو ذو رحم محرم من المالك يستحق الجعل في جميع ذلك اذا لم يكن في عياله ثم قال ولكنه استحسن فقال اذا وجد عبد ابيه وهو في عياله اولى في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على ابيه من جملة خدمته وخدمة الأب مستحقة على الابن فاما اذا وجد الأب عبد ابنه فان كان في عيال ابنه فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عياله ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلاً آخر وان لم يكن الأب في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الأب **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 رد الآبق على مولاة **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 وانكره المالك وعلى هذا لورده فانكر المولى ان يكون عبده آبقا فلا جعل له الا ان يشهد الشهود بانه آبق من مولاة وان مولاة اقر باباؤه فحينئذ يجب له الجعل كذا في المبسوط **قوله**

لانه هو الذى يتولى الرد فيه والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

كتاب — المفقود

(اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم اى هوام ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه) لان القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة صار كالصبي والمجنون وفي نصب المحافظ لماله والقائم عليه نظر له * وقوله يستوفى حقه لاختفاءه يقبض غلاته والدين الذى اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم فى دين وجب بعقده لانه اصيل فى حقوقه ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له فى عقار او عروض فى يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف * * * * * انما

من يستقر الملك له * وقوله فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه فعلى هذا كان ينبغى ان يجب الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين فى حقه * فاجاب عنه بان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اى برد الا بقى بل بترك الواهب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب عن الرجوع فى هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك * فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو الرد وترك الواهب له التصرف * قلنا نعم ولكن ترك الواهب له التصرف آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما فى القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هنا قوله لانه هو الذى يتولى الرد وكذلك ان كان اليتيم فى حجر رجل يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذى يطلبه عادة * وكذلك لا جعل للسلطان اذ ارد آبقا والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

كتاب — المفقود

هو غائب لم يدر موضعه وحيوته وموته **قوله** والمفقود بهذه الصفة اى عاجز عن اقامة مصالحه **قوله** وجب بعقده اى بعقد القائم مقام المفقود **قوله** ولا فى نصيب له فى عقار او عروض بان كان الشئ مشتركا بين المفقود وغيره لا يكون منصوب القاضى نصفا فيه لمن يجحده * * * * * **قوله**

انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الاذراؤه 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 ما يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ما له فلا يسوغ 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 ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والحال والحالة * وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى التقدان والتبر بمنزلتها في هذا الحكم لانه يصالح قيمة كالمضروب * وهذا اذا كانت في يد القاضى * فان كانت وديعة او ديناً ينفق عليهم منهما معناه اذا كان المودع والمدين مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب * وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين فلاحاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا والوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا * * * * هو

قوله انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين عند ابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه 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 ولاء 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 البينة هل يكون حجة بلا خصم حاضر ام لا فاذا رآه القاضى حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قض بشهادة المحدود في القذف قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها قوله ومعناه اى ماليته فتحصل ماليته في ثمنه فلذلك يأمر بحفظ ثمنه قوله وهو ممكن اى حفظ الصورة ممكن قوله فمن الاول وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء قوله ومن الثاني وهم الذى لا يستحقون النفقة بغير قضاء الاخ والاخت والحال فانه لا تجب نفقة هؤلاء الا بقضاء او رضاه لانه مجتهد فيه ولهذا لم يكن لهم الاخذ من غير قضا او رضاه قوله فان كانا ظاهرين اى الدين والوديعة والنسب والنكاح جعل الوديعة والدين واحد والنسب والنكاح واحدا فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية * * * * قوله

هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون
لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضى لان القاضى عنه نائب وان
كان المودع والمديون جاهدين اصلا او كانا جاهدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقى النفقة
خصما في ذلك لان ما يدعيه على الغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا
المال تجب في مال آخر للمفقود (قال ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك رحمه الله اذا مضى
اربع سنين يفرق القاضى بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لان عمر رضى الله عنه
هكذا قضى في الذى استهواه الجن في المدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضى بينهما
بعد مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من اليبلاء والسنين
من العنة عملا بالشبهين * ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان
وقول على رضى الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيان للبيان
المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لانوجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال
النكاح بالشك وعمر رضى الله تعالى عنه رجع الى قول على رضى الله تعالى عنه ولا معتبر بالايلاء لانه
كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغربية تعقب الاوبة والعنة
قلما تحل بعد استمرارها سنة (قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال
رضى الله تعالى عنه وهذه رواية الحسن عن ابي هنيئة رحمه الله تعالى وفي ظاهر المذهب يقدر
بموت الاقران * وفي المروى عن ابي يوسف رحمه الله بمائة سنة * وقدره بعضهم بتسعين * والاقيس
ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك
الوقت وقسم 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

قوله هو الصحيح ذكر هذه المسئلة في كتاب النكاح وقال ينفق عليهم اذا كانا مقرين بالوديعة
والدين والنكاح والنسب وهنا شرطا الاقرار بما ليس بظاهر منهما وليس هذا اختلاف الرواية فان تأويل
ما ذكر في كتاب النكاح انه لم يكن شيء منهما ظاهرا عند القاضى فقوله في الكتاب هو الصحيح اشارة
الى هذا التأويل ونفى اختلاف الروايتين لان للقاضى ولاية القضاء بعلمه كما اذا اقر بين يديه ثم غاب
قوله اخذ المقدار منهما الاربع من اليبلاء لشبهه به لان حقها في الجماع يفوت بصنعه وهو السفر
كما يفوت ثمة بصنعه وهو اليبلاء والسنة من العنة اذ حقها في الجماع فات بسبب هو معذور فيه وهو
الغيبه لانها مباح كما فات حقها ثمة بالعنة وهو معذور فيه قوله خرج بيان للبيان المذكور في المرفوع
يعنى قول على رضى الله عنه حتى يستبين موت او طلاق خرج بيان للبيان المذكور في الحديث المرفوع
ان المراد من ذلك البيان ظهور موت المفقود او طلاقه قوله يقدر بموت الاقران لان ما يقع
الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعدموت
كل اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر ويعتبر موت اقرانه في بلده لان التخصص عن
حال الاقران في كل البلدان متعذر قوله والاقيس ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأى
لا يكون ولا نص فيه والاصوب الارفق ان يقدر بتسعين لانه هو الغاية في زماننا والحيوة بعدها نادرة
ولا عبرة للمادر * * * * * قوله

(ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده) لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصى * ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنات ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث نعتيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الاخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانه) 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

قوله ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده وحاصله انه حتى في حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته كما لو عاينا حيوته ميت في حق غيره حتى لا يرث احدا لان حيوته يثبت بالاستصحاب فانا علمنا حيوته فيستصحاب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم 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 يستحق به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله * ومعنى قولنا لا يرث المفقود احدا ان نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكا للمفقود اما نصيب المفقود من الارث فيوقف لان حيوة المفقود محتملة والتمثيل يكفي للتوقف كما في الجنين فان ظهر حيا علم انه كان مستحقا وان لم يظهر حيا حتى بلغ تسعين سنة فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال كالموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا

قوله والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن اي تصادق الورثة المذكورون والاجنبي * وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبي الذي في يده المال قد مات 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 للابنتين يجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول اولاد الابن ابونا مفقود لانهم لا يدعون لانفسهم بهذا القول شيئا ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر من في يده المال اما لو جحد ان يكون للميت مال في يده فاقامت الابنتان البيينة ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى الابنتين النصف لانهما بهن البيينة تثبتان الملك لاييهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبيينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يد عدل لان الذي في يده جحد فهو غير موثمن عليه هذا اذا كان المال في يد اجنبي واما لو كان في يد الابنتين والمسئلة مجالها 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 بيتين 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 آخره كذا في المبسوط والذخيرة

قوله ولو كان معه وارث اي مع الحمل وارث **قوله** ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه حتى

نصيبه حتى

في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بانم من هذا والله تعالى اعلم بالصواب

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 ويشترىانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الاخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا او الا بخرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه * وقد

اذا ترك امرأة حاملا وجدة فللمجدة السدس لانه لا تتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وذلك كابن الابن او الاخ او العم حتى انه لو ترك امرأة حاملا واخا او عما 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 هيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما ترثان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود وهو انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللمجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك اذا ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى للاخ شيء وكذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما في الحمل والله اعلم بالصواب

كتاب الشركة

هي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الاخر ثم يطلق اسم الشركة على العقد وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب الاختلاط * وشرعيتها بالسنة فانه عليه الصلوة والسلام بعث والناس يباشرونها فقررهم عليه واجماع الامة والمعقول فهي طريق ابتغاء الفضل وهو مشروع
 بالكتاب قوله خلطا يمنع التمييز رأسا كخلط
 البر بالبر او الا بخرج كخلط
 الحنطة بالشعير

وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني شركة العقود وركنهما 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 اذهي من المساواة قال قائلهم * لا يصالح الناس فوضى لاسراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم ساووا * اى متساويين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال * * والمراد

قوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والفرق وهو ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك من المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه فاعتبر نصيب كل زاول الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وهذا اولى من عكسه لان التصرف مع الشريك اسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبي بدليل جواز تمليك معتق البعض من الشريك دون الاجنبي وكذا اجارة المشاع من الشريك جائزة بخلاف الشركة الحاصلة بالميراث وما يجري 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 مبسوط شيخ الاسلام المعروف بنجواهر زاده رحمه الله تعالى * ولان الشركة اذا كانت من الابتداء بينهما بان اشتريا حنطة او ورثاها كان كل حبة يشار اليها مشتركة بينهما فيبيع احدهما نصيبه منها مشاعا فهو جائز سواء كان يبيعه من صاحبه او من الاجنبي اما اذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط او الاختلاط فكل حبة يشار اليها ليست بمشتركة بينهما لان تلك الحبة بجميع اجزائها تكون لاحدهما لامحالة من غير اشتراك فيها فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الاجنبي لانه لا يقدر على تسليم نصيبه منها لاجزا ولا كلا لما ان كل حبة ليست بمشتركة بينهما فيتوقف جواز بيعه من الاجنبي الى اذن شريكه لاختلاط المبيع مع غيره اما اذا كان يبيعه 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 وكيفا من الاخر في نصيب ما يشتره ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما وما لا يقبل الوكالة كالاصطياد والاحتطاب يكون المستفاد فيه للعامل ولا يقع مشتركا فلا يتحقق حكمه المطلوب منه وهو الشركة في المال فلانها لم تصح الشركة فيه قوله لا يصالح الناس فوضى البيت اى لا يصالح امور الناس حال كونهم متساويين اذا لم يكن لهم امراء 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 الجهال قوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء لان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء عقد المفاوضة اشترطت المساواة فكذا في الانتهاء * والمراد

والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لاتصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الاخر لغات التساوى وكذلك في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى * وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله * وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة * وجه القياس انها تضمنت الوكالة بجهول الجنس والكفالة بجهول وكل ذلك بانفراده فاسد * وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوزوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير تكبير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة (ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة) لبعث شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى (قال وتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين اودميين) لتحقق التساوى (وان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا تجوز ايضا 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

قوله والمراد به ما تصح الشركة فيه اى ما يصلح لرأس مال الشركة كالدرهم والدنانير ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه اى ما لا يصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون قوله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لا تصدق بلا تصور قوله وجه القياس انها تضمنت الوكالة بجهول الجنس والكفالة بجهول وكل ذلك بانفراده فاسد كما اذا قال وكلت بك بشراء شىء وكما لو قال كفلت عنك ما بايعت الناس او غصبت من الناس فعند الانضمام اولى * فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لاخر وكلت بك فى مالى اصنع ما شئت يجوز له ان يتصرف فى ماله * قلنا العموم ليس بهراده ههنا فانه لا تثبت الوكالة فى حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما يكون توكيلا بجهول الجنس فلا يجوز قوله وبه يترك القياس اى بالتعامل بترك القياس كالاتصاف ودخول الحمام وهذا لان تعاملهم بلا تكبير كالاتصاف وبترك القياس بالاجماع قوله والجهالة متحملة تبعا اى لغيرها وهى المساواة لان المفاوضة تقتضى المساواة على مامر ولا تثبت المساواة الا بعد ان يصير كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه * وهذا جواب عن وجه القياس انها تضمنت الوكالة بجهول الجنس والكفالة بجهول * فاجاب ان ما لا يثبت مقصودا جاز ان يثبت تبعا كالمضاربة جازت بالاجماع وان اشتملت على التوكيل بشراء مجهول الجنس اذا لم يبين نوعا ومثل هذا ايضا يوجد فى شركة العنان فان التوكيل بشراء شىء مجهول الجنس لا يصح ثم صححت شركة العنان وان تضمنت ذلك قوله لان المعتبر هو المعنى الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل هواله والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة قوله والاخر مجوسيا * فان قيل المساواة معدومة بينهما فان المجوسى يتصرف فى الموقودة والكتابى لا والكتابى يوجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسى لا * قلنا ان من يجعل الموقودة مالا متقوما فى حقهم لا يفصل بين الكتابى والمجوسى فتحقت المساواة * والجواب عن الثانى انه لو آجر الكتابى نفسه يجوز ويطلب به المجوسى وان لم يقدر على ايفائه بنفسه لانه يقدر على الايفاء بالغير وهو المعين او الاجير وكذا لو آجر المجوسى يجوز وان لم يقدر بنفسه لقدرته بغيره كالخياط مع القصار اذا عقدا عقد المفاوضة صار كل واحد منهما مطالبا بما على الاخر وان لم يقدر بنفسه قوله لما قلنا اى لتحقق التساوى قوله الا باذن المولى * فان قيل لما اذن له المولى فى الكفالة يثبت التساوى بينه وبين الحر * قلنا لا يثبت لانه لاتصح كفالته باذن المولى اذا كان عليه دين وكذا لا يجوز * كفالته

فما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجنانة والنكاح والخلع والصالح عن دم العمى وعن النفقة (قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبى لزم صاحبه) عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس * ولا بى حنيفة رحمه الله انه تبرع ابتداءً ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامر فبالنظر الى البقاء تتضمنه المعاوضة فتصح وبالنظر الى الابتداء لم تصح من ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداءً وانتهاءً واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعادة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة * ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه لانه معاوضة انتهاءً * * * قال

ولان في عدم وقرع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة في ان لا يقع عقد احد الشريكين متضمنا للكفالة فتثبت الكفالة فاذا اداه احدهما من مال الشركة رجع المؤدى 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 واقفا على الشركة او لحاجة المستأجر خاصة ذكر في المبسوط وصورة الاستيجار هي ان يستأجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتها او دابة او شيئا من الاشياء فللمواجر ان يأخذ بالاجر ايها شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه او استأجر ابلا الى مكة ليحج عليها فللمواجر ان يأخذ ايها شاء ان شاء اخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء اخذ شريكه لكفالاته عنه قوله والخلع صورته ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المعاوضة ثم خالعت مع زوجها فمالزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك لو اقرت ببطل الخلع لا يلزم على شريكها قوله وصار كالاقراض 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 قوله لم تصح من ذكره اى من الصبي والعبد المأذون والمكاتب قوله واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله ذكر في المبسوط ان اقرض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع قوله ولو سلم فهو اعادة اى ولئن سلمنا ان اقرض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه * قلنا انما لا يلزمه لان الاقراض اعادة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان لما يأخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية قوله حتى لا يصح فيه الاجل اى لا يلزم في الاقراض الاجل

قوله ومطلق الجواب في الكتاب وهو قوله ولو كفل احدهما بمال عن اجنبى لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله محمول على المقيد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد مع ابي حنيفة رحمه الله في ضمان الغصب والاستهلاك ومع ابي يوسف رحمه الله في الكفالة * لابي يوسف رحمه الله في ضمان الغصب والاستهلاك ان هذا الضمان واجب بسبب ليس

* * * * * هو

(قال وان ورث احدهما ما لا تصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لفوات المساواة فيما يصالح رأس المال اذ هي شرط فيه ابتداءً وبقاءً * وهذا لان الاخر 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 عرضاً فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه والله اعلم

فصل

(ولا تنعقد الشركة الا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك رحمه الله تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضاً اذا كان الجنس واحداً لانه عقدت على رأس مال معلوم فاشبهه النقود بخلاف المضاربة لان القياس بأبائها 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 مالم يملك وما لم يضمن بخلاف الدرهم والدنانير لانه ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لاتتبعين فكان ربح ماضن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الاخر شريكاً في ثمنه لاتجوز وشراء احدهما شيئاً بما له على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها * قالوا هذا قول محمد رحمه الله لانها ما حقه بالنقود عنده حتى لاتتبعين بالتعيين ولايجوز بيع اثنين بواحد * باعيانها

هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجنانية ولانه بدل المستهلك وانه لا يحتمل الشركة * وهما يقولان ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذاً 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 المفاوضة ملتزماً له فيجب عليه قوله وان ورث احدهما ما لا الى قوله ووصل الى يده اعلم انه اذا وصل الى يد احد المتفاوضين مال يصالح رأس مال الشركة كالدرهم والدنانير بالارث او الهبة او الصدقة تبطل المفاوضة وتصير عنانا لان المساواة فيما يصالح رأس مال الشركة شرط للمفاوضة ابتداءً وبقاءً وقد فانت اذ الاخر لا يشاركه فيما اصابه لانه انما يشاركه فيما حصل بسبب التجارة او بما يشبهها بثبوت الوكالة في ذلك وهذه الاسباب ليست بتجارة وانما تبطل المفاوضة اذا قبض الدرهم او الدنانير فان لم يقبضها لم تبطل لان الدين لا يصالح رأس مال المفاوضة فاذا قبض الا ان ازداد مال احدهما من جنس رأس مال المفاوضة فتبطل المفاوضة بهذا * وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وبهذا وضع ان قوله في الهداية ووصل الى يده يرجع الى الهبة والارث والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة * فان قيل ان اراد ان شركة المفاوضة لا تصح الا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة فشركة الوجوه والتقبل تصير مفاوضة وعنانا ولا مال فيها * فقد ذكر في المبسوط ان شركة الوجوه والتقبل كل واحدة منهما يكون مفاوضة وعنانا وشار الى ذلك في الكتاب ايضاً وان اراد مطلق الشركة فينتقض بهما ايضاً قلنا اريد بالشركة شركة المفاوضة اذ الكلام فيها والمعنى ان شركة المفاوضة اذا كانت في المال يجب ان يكون ذلك المال من الدرهم والدنانير والفلوس النافقة لان المفاوضة لانكون الا في هذا المال قوله بخلاف المضاربة لانها جوزت بخلاف القياس * لما

باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تبطل ساعة فساعة وتصير سلعة * ويروى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى مثل قول محمد رحمه الله تعالى * والاول اقيس واطهر * وعن ابي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها (قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما) هكذا ذكر في الكتاب * وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة * ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصح رأس المال في المضاربات والشركات * وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصح رأس المال فيهما * وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شىء آخر ظاهرا الا ان يجرى التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصح رأس المال * ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رحمه الله تصح شركة العقد * وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالكين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رحمه الله لانه تعين بالتعيين بعد الخلط كما تتعين قبله * ولمحمد رحمه الله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديننا في الذمة ومبيع من حيث انه تتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والثلث فخلطا لا تتعقد الشركة بها بالاتفاق * * * والفرق

لما فيها من ربح ما لم يضمن لان مال المضاربة غير مضمون على المضارب حتى لو هلك لا يضمن المضارب وقد نهى النبي عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمضارب له نصيب من الربح فاقتصر على مورد الشرع وهو عقد المضاربة **قوله** باعيانها انما قيد بها لتظهر ثمرة الاختلاف لانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاتفاق فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد * وعند محمد رحمه الله لهذا والمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز * وعند محمد رحمه الله لا يجوز **قوله** ويصير سلعة يعنى الشركة لدوامها حكم الابتداء ولو كانت سلعة ابتداء لما انعقدت فكذا انتهاء **قوله** والاول اقيس اى كون ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض ولا يصح العروض لرأس مال الشركة **قوله** فيها اى في الشركة والمضاربة **قوله** الا ان الاول اصح وهو رواية الجامع الصغير ولا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة **قوله** لان عند ذلك لا تصرف الى شىء آخر ظاهرا اى عند الضرب لا تصرف الى شىء آخر من صياغة القلب والحاتم ظاهرا **قوله** الا ان يجرى التعامل هذا استثناء عن قوله الا ان الاول اصح يعنى ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ تجوز الشركة بها قالوا المعتبر فيه التعارف ففى كل بلدة جرى فيه التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالتقود 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 بالاضافة الى الحالين

* والفرق لمحمد رحمه الله تعالى 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 عقد الشركة) قال رضى الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصح 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 بز او طعام او يشترك في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة وانعقاده على الوكالة) لتحقق مقصوده كما بينا ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض

يعنى جعل المكيل والموزون في حكم الاثمان بعد الخلط لا قبله وانما جعل كذلك لان حق كل واحد منهما بعد الخلط غير متعين كالاثمان بخلاف ما قبله **قوله** والفرق لمحمد رحمه الله تعالى 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 اى قضاء الجامع الصغير لانه ذكر حكم الخلط في كتاب الوديعة في الهداية **قوله** واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وانما يبايعان على هذا الوجه احترازا عن الفساد الذى ذكر في عقد الشركة بالعروض وهو ادائه الى ربح ما لم 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 نصف كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز * وذكر في الذخيرة 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 شاء مفاوضة وان شاء عنانا وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقاضا ثم عقدا عليها عقد الشركة مفاوضة او عنانا جاز ويصير العروض رأس مال الشركة والعروض بعد ما صار مشتركا بينهما يصاح رأس مال الشركة وان كان ذلك لا يجوز ذكره الامام خواهر زاده رحمه الله على هذا الوجه * وفي الكافي للعلامة النسفى رحمه الله قوله في الهداية وهذه شركة ملك مشكل لان شركة الملك تحصل بمجرد بيع كل واحد منهما نصيبه ولا حاجة في ذلك الى العقد فقوله ثم عقد الشركة ينافى كونها شركة ملك الا ان يقال اراد به هي شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضا الى هذا كلامه * وقوله لان هذا العقد كلا عقد ان اراد به انه لم تثبت هذه الشركة في هذا المال بالعقد فمسلم وان اراد ان هذا العقد لا اثر له في المستفاد بعد هذا فممنوع لان هذا العقد يفيد نوكيل كل واحد منهما لصاحبه يبيع نصيبه ثم بالشرى بعده بثمنه **قوله** ولو كان بينهما 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 اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما قد رأس مالهما * * * * * **قوله**

يقال عن له اى اعترض وهذا لاينبىء عن الكفالة وحكم التصرف لايبثت 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 رحمهما الله لايجوز 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 شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى واكثر عملا واقرى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدها 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 وبشبه الشركة حتى لايبطل باشرط العمل عليهما (قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة في المال ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الابها بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه * * ويجوز

قوله يقال عن له اى اعترض * قال ابن السكيت كانه عن لهما شىء فاشتركا فيه او من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي لان كلا منهما جعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه اولانه 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 فتاوى قاضيخان رحمه الله فان شرطا المساواة في المال واشترطا لاحدهما فضل ربح ان شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعا او عمل واحد منهما دون الآخر فان شرطا العمل على المشروط له فضل الربح جاز ايضا وان شرطا العمل على اقلهما ربحا لايجوز قوله اذ الضمان بقدر رأس المال فتمى شرط لاحدهما زيادة صار المشروط له تلك الزيادة اخذا اياها من غير ضمان وهذا لا يجوز قوله الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين * والفرق بين الربح والوضيعة ان الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون المال كما في المضاربة فبالعمل مع المال اولى اما الوضيعة فهلاك جزء من المال وكل واحد منهما امين فيما في يده من مال صاحبه واشترط الضمان على الامين باطل الا ترى انه لايجوز اشتراط الوضيعة على المضارب لما قلنا كذا هنا قوله وهذا العقد اى شركة العنان يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك قوله ويشبه الشركة اى شركة المفاوضة فعملنا بشبه المضاربة وانما اظهرنا شبه المضاربة في حق اباحة زيادة الربح بغير ضمان ليمكننا العمل بالشبهين فانامتى اعتبرناها مضاربة في اشتراط عملها وابطلناها لم يتصور استحقاق الربح اصلا بحكم الشركة فيتعذر العمل بالشبهين قوله وبشبه الشركة حتى لايبطل باشرط العمل عليهما وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال بطل العقد وذلك لان المضاربة امانة وتماه 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 لايبطل العقد فان من استأجر اجيرا ليعينه على العمل كان جائزا قوله للوجه الذي ذكرنا وهو انه يؤدى الى ربح ما لم يضمن * * * * قوله

(ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدى دنائير ومن الآخر دراهم وكذا من احدى دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وهذا بنا على اشتراط الخلط وعده فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى (قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوب بئمنه دون الآخر) لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل في الحقوق (قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا قد 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 العقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك العقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيها اذا هلك المالكان وكذلك اذا هلك احدهما لانه ما رضى بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك راضيا بشركته فبطل العقد لعدم فائدته وابهما 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 الهلاك من المالكين (وان اشترى احدى بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا) 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 رحمه الله خلافا للمحسن بن زياد رحمه الله حتى ان ابهما باع جاز بيه لانه الشركة قد تمت في المشتري فلا تنقض بهلاك المال بعد تمامها (قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصقه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بينا هذا اذا اشترى احدى باحد المالكين او لانه هلك مال الآخر اما اذا هلك مال احدى ثم اشترى الآخر بالمال الاخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصريح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرنا مجرد الشركة ولم ينصا 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

قوله ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدى دنائير ومن الآخر دراهم يريد اى شركة كانت مفاوضة او عنانا قوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله اى الشراء والنقد بان قال اشترى عبد ا ونقدت الثمن من مالى ومات العبد فهذا مما لا يعرف الا بقوله قوله بخلاف المضاربة والوكالة المفردة فان العقود لاتتبعين فيهما بالتعيين وانما تتعين بالقبض * وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة التي في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فان الوكالة فيهما تبطل ببطلان ما يتضمنها من الشركة والرهن قوله خلافا للمحسن بن زياد رحمه الله فانها شركة ملك عنده حتى لا يتعقد بيع احدى 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 شرطا لان الشركة ان بطلت بهلاك احد المالكين فالوكالة المنصوص عليها باقية فكان المشتري مشتركا * * * * بينهما

(قال وتجوز الشركة وان لم يخلط المال) وقال زفر والشافعي رحمهما الله 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 الدراهم 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 في المستفاد 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 قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة (قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكى العنان ان يبضع المال) لانه معناد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معناد ولا يجزئ التاجر منه بدا * * * * * قال

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 ذكرا مجرد الشركة ولم يصرحا بالوكالة فيها فالمشتري للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال احدهما فبطل ما في ضمنها اذ لا بقاء لما ثبت ضمنا بمد فوات المتضمن بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لكونها مقصودة فلا تبطل ببطلان 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 كالجوالة 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 يعنى ان محل العقد هو المال الا ترى انه يضاف الى المال يقال شركة المال والشئ انما يضاف الى سببه او محله ولا سببية هنا فيكون محلا والمحل شروط لاسباب قوله ولهذا يضاف اليه اى يقال عقد شركة المال قوله وهذا اصل كبير لهما وهو ان الربح فرع المال ويبتنى على هذا الاصل شرط اتحاد الجنس والمساواة في الربح والمال وبطل شركة التقبل والوجوه عند الشافعي رحمه الله لعدم المال قوله ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد يعنى ان الاشتراك في الربح بالعقد لا برأس المال لان العقد يسمى عقد شركة فينبغى ان يتحقق معنى هذا الاسم فيه ولا تثبت الشركة في رأس مال لتوقف ذلك على الخلط كما بينتم فتعين ان يكون مثبتا للشركة في الربح قوله في المستفاد به اى بالتصرف وهو الربح بدون اى بدون خلط رأس المال قوله ونظيره في المزارعة وهو ان شرطا لاحدهما قفزا مسماة بالمزارعة باطله فكذا ما على الماذيانات والسواقي * قوله

ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً للمالك وزفر رحمه الله فيهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرط العمل نصفين والمال اثلاثاً جاز) وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكننا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحاً لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة (قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) * * * * *

وجه البديل احتراز عن المقبوض على سوم الشراء والوثيقة احتراز عن المقبوض بجهة الرهن قوله ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لزفر ومالك رحمه الله فيهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه إشارة إلى ما ذكر قبيله أن المقصود منه التحصيل أي تحصيل المال أما اتحاد العمل فظاهر وأما اتحاد المكان فلأنه لو عمل أحد الشريكين في دكان والآخر في دكان آخر يجوز عندنا خلافاً لهما * فان قيل كيف يتصور قول زفر رحمه الله في جواز الشركة عند اتحاد العمل وقد ذكر قبل هذا قول زفر مع الشافعي رحمه الله في اشتراط الخلط حيث قال وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والأعمال لأنعدام المال * قلنا عن زفر رحمه الله روايتان في اشتراط خلط المالين ذكرهما في المبسوط ذكر أحد قوليه مع الشافعي رحمه الله والآخر مع مالك رحمه الله قوله واشترط العمل نصفين والمال اثلاثاً أي المال الحاصل من العمل اثلاثاً جاز * وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائطها لا مكان تحقيق مقتضى المفاوضة في الأعمال كما في الأموال وفي العنان من هذه الشركة يجوز شرط التفاضل في المال المستفاد بالعمل مع شرط التساوي في العمل قوله لأن الربح عند اتحاد الجنس أي الربح لا يظهر إلا عند اتحاد الجنس أي إذا كان الربح من جنس رأس المال * وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير فكان بدل العمل لا الربح فلا يلزم حينئذ كونه ربح ما لم يضمن * وذكر في المبسوط الفرق بينهما من وجهين أحدهما أن في التقبل الشريكين بائعان للعمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح فاما في شركة الوجوه فمشتريان بضمن في ذمتها فمع المساواة في ملك المشتري لا يصح شرط التفاوت في الربح قوله بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق أي الربح من جنس رأس المال في شركة الوجوه لأن الأصل والربح فيها من جنس المال فيظهر الربح * ثم لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ذلك ربح مالم يضمن وذلك لا يكون إلا في المضاربة ولكن كان جواز ذلك فيها أيضاً 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 الربح فيلزم فيها ربح ما لم يضمن من كل وجه فلا يجوز بخلاف شركة التقبل فإن الأصل فيها عمل والمستفاد منه مال فلم يتفقا فلا يكون ربحاً قوله

وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة * وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فيجربى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البديل (قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له رجاهة عند الناس وانها تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانان مطلقه ينصرف اليه وهى جائزة عندنا خلافا للمشافعي رحمه الله * والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل (قال وكل واحد منهما وكيل) الاخر (فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بالوكالة او الولاية ولا ولاية فتعين الوكالة (فان شرطا ان المشتري بينهما اثلاثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذى يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بها سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة وشركة الوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيباحق بها والله تعالى اعلم بالصواب

* * * * *

قوله وهذا ظاهر في المفاوضة اى اذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشترطا ان يكون قبول الاعمال مهتما والعمل منهما والربح والوضيعة 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 قوله في ضمان العمل واقتضاء البديل وانما قيد بهما لان فيما عدا ذلك لم يجز 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 ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة كذا في الايضاح قوله وانها تصح مفاوضة فالمفاوضة منها ان يكون الرجلان من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشتري بينهما نصفين وان يتلفظا بلفظ المفاوضة واما العنان فهما وان يجوز التفاوض في ضمان ثمن المشتري بينهما وينبغي ان يشترطا الربح بينهما على قدر الضمان وان اشترطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما كذا في شرح الطحاوى رحمه الله قوله في الابدال اى في الثمن والمثمن قوله لان مطلقه ينصرف اليه اى الى العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما اذا اشترى بدراهم مطلقة قوله وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان * فان قيل يجوز ان يكون زيادة الربح لاحدهما لزيادة اهتدائه وعمله كما في شركة العنان * قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح على زيادة الهداية والعمل في مال معلوم كما في شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا قوله بالنصف قيد اتفاق فانه يجوز ان يلقى باقل من النصف او اكثر قوله بالضمان اى يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك فكان العمل مضمونا على الاستاذ 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 يصح نأقبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو 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 * * * * *

اي 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 الربح في العنان كما جاز في المضاربة والله تعالى اعلم بالصواب

فصل في الشركة الفاسدة

قوله وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح نحو احتشاش الحشيش واجتداء الثمار من الجبال والبراري من الجوز والفسق وغيرهما فان عملا ذلك وخطاه ثم باعاه 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 مالبة المعقود عليه ومالبة المكيل والموزون يعتبر بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك وان لم يكن كيليا او وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المالبة 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 بيينة 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 يصح نأقبا عنه قيل ان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للتوكيل 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 يشتريه لنفسه بعد التوكيل وان كان يملكه قبله والتوكيل بالاحتطاب في الحطب المعين وغير المعين سواء في انه لا يصح لوقوع 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 الأئمة رحمه الله في المبسوط فقال لان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحلل المباح يوجب الملك للمكتسب فحينئذ كان كل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه * * * * *

فللمعين اجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجاوز به نصف
 ثمن ذلك وقد عرف في موضعه (قال وإذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء والكسب
 بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل
 وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل) اما فساد الشركة فلان عقادها على احرار المباح وهو الماء
 واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكاً للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو
 البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل)
 لان الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الربح تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية
 وقد فسدت بقى 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 مامر والوكالة تبطل بالموت وكذا
 بالالتحاق مرتداً 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 حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ
 احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على عام الاخر لانه عزل قصدي والله تعالى اعلم بالصواب * فصل

او يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه لنصف ما يكتسب بنصف ما يكتسب صاحبه وهذا مفاوضة في
 المجهول فلا يكون صحيحة **قوله** فللمعين اجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى عليه وعند
 أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه 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 حملاً ليحمل له حنطة الى موضع كذا
 بقبض منها فحملها كان له اجر مثله لا يجاوز به ما سمي * ولمحمد رحمه الله ان المسمى مجهول الجنس والقدر
 فانه لا يبرى اى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً ام لا والرضاء بالمجهول لا يصح واذا سقط
 اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله اجر مثله بالغاً ما بلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا
 شيئاً استحق اجر مثله بالغاً ما بلغ فاذا اصابا شيئاً اولى بخلاف حمل الحنطة فان القبض منها معلوم فاعتبر
 رضاه في المعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى وتقدم قول محمد رحمه الله تعالى عليه على قول أبي يوسف
 رحمه الله تعالى عليه يدل على ان المختار قول محمد رحمه الله تعالى عليه * الراوية المزادة من ثلثة جلود
 واصلها بعير السقاء لانه يروى الماء اى يحمله **قوله** ويبطل شرط التفاضل لأن العقد صار

مستحق النقض وفي 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 حكمي فلا يشترط علمه لثبوته ضمناً للغير

كما اذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل

ينعزل الوكيل علم او لم يعلم

والله تعالى اعلم

بالصواب

فصل

فصل

فصل

(وليس لاحد الشريكين ان يؤدى زكوة مال الآخر الا باذنه) لانه ليس من جنس التجارة (فان اذن

كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدى زكوة فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول اولم يعلم) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه * وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآخر بنفسه * لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآخر لم يضمن المأمور علم اولا * ولا يبي حنيفة رحمه الله انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لرفع الضرر وهذا المقصود حصل بادائه وعرى اداء المأمور عنه فصار معزولا علم اولم يعلم لانه عزل حكوى * واما دم 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 مقصودا فيه دون دم الاحصار (قال واذا اذن احد المتفاوضين

لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل ففى له بغير شىء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال يرجع عليه بنصف الثمن) لانه ادى ديننا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بقبالة الملك * وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة * * * * * اذها

فصل

قوله وقال لا يضمن اذا لم يعلم وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه اولا وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف في الوكيل باداء الزكوة وكذا الخلاف فيما لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر الآخر ثم كفر المأمور وهو لا يعلم ضمن عنده خلافا لهما وكذا الخلاف في الوكيل بعثت العبد عن الظهار اذا اعتقه بعد ما كفر الموكل بنفسه او بعد ما عصى العبد عند ابي حنيفة رحمه الله لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ سواء علم بتكفير الموكل اولم يعلم على ما ذكرناه في الزيادات قوله اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه اى عند ابي حنيفة رحمه الله علم اولم يعلم * فان قيل اذا اديا معا ينبغي ان لا يجب الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله لعلم سبق اداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفلا * قلنا اداء الموكل بنفسه ان لم يسبقه تحقيقا سبقه اعتبارا ونقديرا لان تصرف الموكل على نفسه اقرب من تصرف الوكيل فيصير

سابقا معنى كالركيل بالبيع مع الموكل اذا باعه وخرج الكلامان معا نفذ بيع الموكل دون الوكيل قوله وهذا المقصود حصل بادائه وعرى اداء المأمور عنه فصار معزولا علم اولم يعلم لانه عزل حكوى * فان قيل يشكل بما اذا امر المديون الاخر بقضاء الدين من مال المديون فقبل ان يقضى المأمور قضاة المديون بنفسه ثم قضاة المأمور ان علم يصير ضامنا وان لم يعلم لا يصير ضامنا * قلنا الدين يبقى ديننا بعد القضاء وبالقضاء انما يكون للمديون على الطالب دين الا ترى ان الطالب اذا ابرأ المديون من الدين بعد قضاء الدين يصح للمديون ان يطالب بما اداه الى * * * الطالب

اذهما لا يمكن تغييره فاشبه 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 فائتمناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا ديننا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضي ديننا عليهما لما بينا (وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء) بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله تعالى اعلم بالصواب * * * * *

الطالب فاذا كان الدين باقيا امكن القول بوقوع ما ادى المأمور قضاء عن الدين فيتحقق الامتثال اذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضمونا على القابض وقد تحقق هنا ذلك فلا يضمن اذا لم يعلم فاما اذا علم يصير ضامنا لانه مأمور بقضاء الدين على وجه يسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لان المطالبة سقطت بقضاء الامر وان لم يسقط الدين فلم يكن مؤتمرا فيصير ضامنا بخلاف الزكوة فانها لا تبقى بعد اداء الامر فلا يمكن القول بوقوع ما ادى الوكيل زكوة فيصير ضامنا علم اولم يعلم قوله اذهما لا يمكن تغييره اي هما لا يمكن تغيير مقتضاها مع بقائها بدليل انها لو شرطا 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 والثلث 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 تمليك الاذن نصيبه منه بطريق الهبة فاقضى الاذن بالوطى بلا ذكر عوض شرطه التمليك منه وهو الهبة وهي جائزة في الشائع فيما لا يقسم فكان الاذن قال له اشتر هذه الامة على الشركة ثم تملك نصيبى بالهبة فاذا اشترى وقبض تمت الهبة كما لو اشترها ثم وهب احدهما نصيبه من صاحبه فانها يصير له ويحل له وطئها والثلث عليهما بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من قضية الشركة بحكم الضرورة اذ الحاجة الى الطعام والكسوة اصلية لازمة 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

والله تعالى اعلم

بالصواب

اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك * ولاي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لاحبس
 عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام يبيع الحبيس ولان 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 التصرف
 بالغلة دائما ولا يتصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لالى مالك لانه غير مشروع مع
 بقاءه كالساقبة بخلاف الاعناق لانه انلاى وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع
 به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصرف خالصا لله تعالى * قال رضى الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف
 * * * * *

لرسول الله عليه السلام ناقة يقال لها غضبا وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال لها السكب وهما يقال له
 يعقور وعمامة يسمى السحابة في هذا دليل على ان من قصد التقرب الى الله تعالى ينبغي ان يختار
 لذلك انفس امواله واطيبها وكذا وقف رسول الله عليه السلام حواط ووقف ابراهيم عليه السلام ناقة
 اليوم وكذا اوقف الصحابة رضى الله عنهم بمكة والمدينة ولان الانسان يحتاج الى صدقة دائمة على وجه
 لا يبرد عليه النقص وذافي لزومه * وقيل الفتوى على قولها **قوله** اذ له نظير في الشرع وهو
 المسجد فقلا اتخاذ المسجد يلزم بالانتفاع وهو اخراج للملك المنفعة عن ملكه من غير ان يدخل في ملك
 احد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف * وله قوله عليه السلام لاحبس عن فرائض
 الله تعالى اى لامال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين الورثة وفرائض الله تعالى انصباء الورثة كما
 قال الله تعالى فريضه من الله * قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله والامام البزعى رحمه الله
 الاستدلال بهذا الحديث ليس بقوى لانه انما يستقيم هذا اذا كان حق الورثة تعلق بماله فاما اذا كان
 قبل التعلق فليس كذلك الا ترى انه لو تصدق في صحته صدقة منفذة او هب فانه لايجرى فيه الارث
 ولم يكن ذلك حبسا عن ذلك الا ان يقال ملكه لم يزل عن الموقوف بدليل انه يعتبر شرائطه في صرف
 الغلة ولو زال ملكه عن الرقبة لما اعتبر شرطه في التى هى تابعة للرقبة والرقبة قد زالت عن ملكه فعلى
 هذا يكون حبسا عن فرائض الله تعالى * وذكر في المبسوط وقال ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما
 لاحبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان اهل الجاهلية يصنعونه من البهيرة
 والساقبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع قد ابطل ذلك كله لكننا نقول النكرة في موضع النفى يعم فيتناول
 كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل * وعن شريح رحمه الله جاء محمد عليه السلام
 يبيع الحبيس فهذا بيان ان لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك * وطريق
 الاستدلال بقول شريح رحمه الله ان هذا لا يعلم الا بطريق التوقيف فيحمل على السماع * الساقبة هى
 الناقة التى تسبب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفرى او برأت من مرضى فناقتى ساقبة
 وجعلها كالبهيرة في تحريم الانتفاع يعنى ان الوقف بمنزلة تسيب 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 رحمه الله قول ابي حنيفة رحمه الله في المبسوط ولهذا سماه 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 يحمى على ما قال * وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره
 فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف واستكثر اصحابه بعده من تفريع مسائل الوقف كالحصاني وهلال رحمهما
 الله **قوله** ولان الملك باق فيه يعنى دل الدليل على بقاء الملك فيه وهو جواز الانتفاع به * زراعة

الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم * والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ * ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف رحمة الله تعالى عليه وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا بد من التسليم الى المتولى لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة (قال واذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ واذا استحق مكن قوله واذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لانه لو دخل في 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 ذكره * * * * *

زراعة وسكنى وغير ذلك كما ينتفع بالملوكات وما للعباد فيه نفع لا يصح لله تعالى لان ما لله تعالى يجب ان يكون بوصف الخلوص كالمسجد لما صار لله تعالى لا ينتفع بشيء من منافع الملك وان كان يصح لها واذا ظهر ان الملك فيه باق وجب ان يبقى على ملكه ضرورة ولهذا بقى دابه وتدبيره بعده في نصب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرائطه ولو خرج عن ملكه لما صح شرطه في الغلة كما لو اعتق عبده بشرط ان يصرف غلته الى كذا او جعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلى فيه فلان دون فلان ومرويهما محمول على الوقف المضاف الى ما بعد الموت قوله الا ان يحكم به الحاكم وصورة حكم الحاكم ما ذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله وهى ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولى ثم يريد ان يرجع عنه فنارعه بعله عدم اللزوم فيختصمان الى القاضى فيقضى الحاكم بلزومه فان حكم رجلا فحكم بينهما بلزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح ان يحكم الحاكم لا يرتفع الخلاف وللقاضى ان يبطله قوله والمراد بالحاكم المولى اى الذى ولاه الخليفة عمل القضاء واما المحكم فهو الذى فوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين قوله لا يتحقق مقصودا وانما يتحقق ضمنا كما في 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 في 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 رحمه الله تعالى اذا لزم بحكم الحاكم يخرج من ملك الواقف فلا يبقى للتخصيص بقولهما فائدة اما اذا جعل صح بمعنى لزم اى يحكم الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى او بتعليقه بالموت وبمجرد القول عند ابي يوسف رحمه الله وبالتسليم الى المتولى عند محمد رحمه الله تعالى * والى هذا اشار بقوله على اختلافهم خرج من ملك الواقف بالاجماع ويدل عليه قوله في اول الكتاب قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته * بقى هنا اشكال وهو ان في تعليقه بموته يلزم ولا يزول ملك الواقف قلنا زال عن الوقف بعد اللزوم ملكه الذى كان قبله اذ الملك هو المطلق الحاجز ولم يبق * * * * *

(قال ووقف المشاع جازئ عند أبي يوسف رحمه الله) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته (وقال محمد رحمه الله لا يجوز) لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند أبي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيها في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت بخلاف الوقف لا يمكن الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف 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 رحمهما الله تعالى حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى عليه اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم) * * * * *

ذلك ولكنه في 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 اي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهي المملوكة احترز به عن الصدقة الموقوفة وهي التي نحن فيها فان الوقف صدقة ايضا لكن ليست بخاصة لعدم التمليك من الفقراء ويحتمل ان يحترز بالمنفذة عن الصدقة الموصى بها فانها تجوز في الشائع قوله الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جازئ عند أبي يوسف رحمه الله قوله فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضوع صغير الا يصح 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 بعد القسمة لانه لا يصح لما اراد به من اتخاذ المسجد والمقبرة لصغره لان الكلام فيه فلا يكون مسجدا ولا مقبرة * واما الوقف في الشائع الذي لا يحتمل القسمة فيجوز بالانفاق اما عند أبي يوسف رحمه الله فالشيوع غير مانع اصلا واما عند محمد رحمه الله فيجوز فيما لا يحتمل القسمة لصلاحه لما اراده الواقف فان الانتفاع بالشائع ممكن اما بطريق المهايأة او بطريق الاستغلال وقسمة الغلة * واما المسجد والمقبرة في مثل هذا الموضوع يؤدى الى امر قبيح بان تقبر الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت بخلاف الوقف * وعلى هذا الصدقة المملوكة والهبة يعني 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 أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا يعني الى الفقراء فانهم لا ينقطعون * وهذا التفريع عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه على قول من يرى لزومه كما في المزارعة بدليل انه قال في التعليل لهما ان موجب الوقف زوال الملك والملك لا يزول عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه * * * * *

لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلماذا كان التوقيت مبطلاله كالتوقيت في البيع * ولا يي يوسف رحمه الله 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 رحمه الله 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 رحمه الله ذكر التأيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقفا وقد يكون مؤبدا فمطلقه 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 رحمه الله (وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف * ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقوف عنده فلان يجوز الوقوف فيه تبعا اولي (وقال محمد رحمه الله يجوز حبس الكراع والسلاح) معناه وقفه في سبيل الله * وابو يوسف رحمه الله معه على ما قالوا وهو استحسان * والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل * وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالك فقد حبس ادرعا وافراله في سبيل الله تعالى وطلحة رضى الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى واكرعه والكراع الخيل * ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها * وعن محمد رحمه الله انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالغاس والمرو والقدم والمنشار والجنابة وثيابها والقدر والمرجل والمصافى * وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه * ومحمد رحمه الله تعالى عليه يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه * * * * * وقف

قوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التملك ليس هذا من ذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولكن من مذهبهما فيكون هذا تعليلا لمحمد رحمه الله عليه على اصلهما فيكون حجة على ابي يوسف رحمه الله قوله وعند محمد رحمه الله ذكر التأيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة ليس هذا قول محمد رحمه الله وانما هو قول ابي حنيفة رحمه الله لان حكم الوقف عنده حبس العين على ملكه والتصديق بالثمرة المعسومة وعندهما زوال العين الى الله تعالى فيصير محبوبا في ملك الله تعالى على ان تصل منفعته الى العباد فيكون التصديق بالمنفعة ثابتا في ضمن ازالة العين الى الله تعالى * ولعل مراد محمد رحمه الله في قوله هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة انه اخراج الملك الى الله تعالى على وجه يكون تصدقا بالمنفعة والغلة * فالحاصل ان ابا يوسف رحمه الله ضيق اولا كل التضييق كما قال ابو حنيفة رحمه الله ثم رجع عنه ووسع كل النوسع ومحمد رحمه الله توسط بينهما فلماذا افتى عامة المشايخ بقول محمد رحمه الله قوله ولا يجوز وقف ما ينقل الى من مكان الى مكان ويجوز اي يغير من هيئة الى هيئة اوهما متراد فان قوله وهذا الارسال اي الاطلاق سواء كان بطريق التبعية او القصد قوله والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل ان التأيد شرط فيه والتأيد لا يتحقق في المنقول * * * * * قوله

وقف كتباله الحاقا لها بالمصحف * وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليمها وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه الله ومالا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا * وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه ويجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكرع 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 سنم الدين فكان معنى القرية فيها اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما (وقال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكك الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته) اما امتناع التمليك فلما بينا * واما جواز القسمة فلانها تتميز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكمل 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 الى الواقف وبعد الموت الى وصيه * وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضى 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 دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز) لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء (قال والواجب ان يبتدىء من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف اولم يشترط) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الحراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بنجده فانها على الموصى له بها * * * * * ثم

قوله وقف كتباله الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح * وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله اختلف المشايخ في وقف الكتب جوزة الفقيه ابو الليث رحمه الله وعليه الفتوى قوله مع بقاء اصله احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يتمكّن 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 ان لا يصح وقفه لان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد من التأبّد الا ان السمع عارض القياس في البعض كما في الكراع والسلاح حيث ورد الاثار المشهورة وفي البعض عارض القياس التعامل كما في الفأس والمر والقنوم والقنور والمراجل فبقى الباقي كالثياب والبسط وكالعبيد والاماء قصدا 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 دراهم * اعلم ان ادخال الدراهم 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 الدراهم من وقع البناء في نصيبه او وقع نصيبه اجود فيما روى عن ابي حنيفة رحمه الله على ما يجي في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى قوله ان اعطى الواقف لا يجوز اى ان اعطى المشتري الواقف لا يجوز لان المشتري يأخذ بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف فيصير الواقف باقعا للوقف في ذلك القدر فلا يجوز واما اذا اعطى الواقف فضل الدراهم المشتري جاز لان الواقف حينئذ يصير مشتر ياشيئا بمقابلة الدراهم وواقفا لذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز قوله ولان الحراج بالضمان هذا في الاصل لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ومعناه الغرم بازاء الغنم من تولى حارها تولى فارها ولهذا جرى لفظ الحديث مجرى المثل واستعمل في مضرة بمقابلة * * * * * ثم

* 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 ماله 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 مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين 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 اجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى صاحب 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 اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك * * * * *

منفعة * ثم المراد من الخراج ما يخرج من النفع من ملك انسان كغلة الارض والغلام والمراد من الضمان المونة اى كل من كان له منفعة شيء كان عليه مضرتة فكان معنى قوله الخراج بالضمان منفعة الغلة لك بسبب ان ضمنته * وقيل معناه ان يشتري العبد فيستغله ثم يجى به عيبا فانه يرده والغلة له لانه لومات كان في ضمانه ولاجل هذا الخبر نقض عمر بن عبد العزيز قضاة بالغلة للبائع قوله وعند الآخرين يجوز ذلك باعتبارها اذا كان الارض الموقوفة على الفقراء متصلة ببيوت المصر يرغب في استيجار بيوتها ويكون غلة ذلك فوق غلة الارض كان للقيم ان يبني بيوتها ويواجرها لان الاستغلال بهذا الوجه يكون انفع للفقراء * ومنهم من قال ليس للقيم صرف الغلة الى زيادة العمارة ولهذا ليس له ان يشتري بالغلة دارا اخرى ليضمها الزيادة الى الوقف * واما تلك المسئلة فبناء البترة ليس من باب الزيادة وانما ذلك تبديل جهة الاستغلال بجهة هي خير من الاول فالمستغل واحد والمجهتان فيه مختلفتان والثانية خير من الاولى فكان ذلك بمنزلة الزيادة كذا في وقف هلال رحمه الله قوله والاول اصح وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لا زائدا على الاول قوله والاول اولى 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 ببطلان حقه فلا تجب رعاية حقه فاذا عمرها القاضى ينبغي ان لا يرد عليه * فاجاب رحمه الله بان الرضاء في حيز التردد لاحتمال انه انما امتنع اعتمادا على ان القاضى اذا عمرها يردها عليه او لان الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان 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 يواجرها من آخر للسكنى وكذلك في كل عمل لا يختلف باختلاف المستعمل * قلنا هناك ملك المستأجر المنفعة وهنا ابيحت المنفعة للموقوف عليه ليكون ثواب اباحة المنفعة راجعا الى الواقف حتى لم يقم ههنا عين الوقف مقام المنفعة في ابتداء الوقف لانه لا يلزم تملك المنافع المدومة بخلاف الاجارة حيث اقيمت الدار مقام المنفعة

(قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها) لانه لا بد من العمارة ليمقى على التأييد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر ذلك او ان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل (ولا يجوز ان يقسمه) بمعنى النقض (بين مستحقى الوقف) لانه جزأ من العين ولاحق 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 رحمه الله) قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جاز عند ابي يوسف رحمه الله ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله وهو قول هلال الرازى رحمه الله * وبه قال الشافعى رحمه الله وقيل ان الاختلاف في اشتراط القبض والافراز * وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء * ولو وقف وشروط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ما نوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطهم في حيوته كاشتراطه لنفسه * وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذى قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق * فصار

المنفعة وقت الاجارة لئلا يلزم تملك المنافع المدومة فلما ملكها في الاجارة ملك ايضا تملكها من غيره قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته اى آلة البناء كالخشب وغير ذلك * النقض بضم النون البناء المنقوض والجمع نقوض * وعن الغورى 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 جاز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه مشايخ بلخ * وذكر الصدر الشهيد ان الفتوى على قول ابي يوسف رحمه الله ترغيبا للناس في الوقف قوله ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله لان التسليم الى المتولى عنده شرط وقد علم ههنا * وقال الفقيه ابو جعفر رحمة الله تعالى عليه وليس في هذا عن محمد رحمه الله رواية ظاهرة الاشياء ذكره في كتاب الوقف اذا وقف على امهات اولاده جاز * قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله الوقف على امهات اولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد في حال حيوة المولى يكون للمولى قوله وهو قول هلال الرازى هكذا وقع في بعض نسخ الفقه بالزاي * وذكر في المغرب هلال الرازى بن يحيى البصرى صاحب الوقف والرازى تحريفي * وقيل الخلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز فعند محمد رحمه الله التسليم شرط ليخرج العين عن ملكه الى الله تعالى وينقطع اختصاصه به وشرط الغلة ينافى ذلك قوله فقد قيل يجوز بالاتفاق وهذا على اصل ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه ظاهر فان عنده لو شرط بعض الغلة او كلها لنفسه في حيوته جاز فلامهات اولاده اولى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشترطه لامهات اولاده في حيوته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لمن لانهم يعتقدون بموته فاشتراطه لمن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حيوته ايضا تبعا لما بعد الوفاة كما قال ابو حنيفة رحمه الله في اصل الوقف اذا قال في حيوتى وبعد مماتى يتعلق به اللزوم قوله ان الوقف تبرع على وجه التملك اى التملك من الله تعالى بالطريق * * * * * الذى

فصار كالصدقة المنقذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه * ولا يبي يوسف رحمة الله تعالى عليه ماروى ان
النبي عليه الصلوة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها الصدقة الموقوفة ولا يحمل منها الاكل الا
بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرينة على ما بيناه فاذا شرط
البعض او الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز
كما اذا بنى خانة اوسقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده
القرينة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان
يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الوقف
جائز والشرط باطل * ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف
رحمة الله عليه وعند محمد رحمه الله تعالى عليه الوقف باطل * وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية
فقد نص فيه على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى عليه وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب * وذكر
هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية * قال
مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف
فاذا سلم لم تبقى له ولاية فيه * ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية * * * * *

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 المنقذة اي سلم قدرا من ماله للفقير
على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه من ملكه فان الصدقة بهذا الشرط لا يجوز **قوله** وشرط بالجر
بان 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 رحمهم الله استحسانا لان فيه تحويله الى ما يكون
خييرا من الاول او مثله فكان تفريرا لا ابطالا وعند محمد رحمه الله 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 يصلى 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 ثلثة ايام ليروى فيه وعند محمد وهلال رحمهما الله تعالى
الوقف باطل لان تمام الوقف على مذهب محمد رحمه الله تعالى عليه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ولهذا
لا يتم القبض في الصرف والسلم مع شرط الخيار ولان تمام الوقف بتمام الرضاء ومع شرط الخيار لا يتم الرضاء
فيبطل الوقف كالاكراه على الوقف * ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمه الله تعالى عليه
لم ينقلب جائزا بل بطل الخيار بعد ذلك **قوله** واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف
رحمه الله وهو قول هلال رحمه الله تعالى عليه اي فقد نص في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف رحمه
الله تعالى عليه في الكتاب بقوله * واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي
يوسف رحمه الله * وذكر في المحيط واذا وقف الرجل ارضه ولم يشترط الولاية لنفسه وللغيره فالوقف
جائز والولاية للواقف كذا ذكر هلال والخصاف رحمهما الله **قوله** وذكر هلال قال * اقوام

من جهته بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس لسultan ولا لفاض ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

(واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقة ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة رحمه الله عن ملكه) اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه * ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وكذا عن محمد رحمه الله لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناؤه وعن محمد رحمه الله انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط للملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل * * * * * قال

اقوام اى بعض المشايخ رحمهم الله ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت الولاية له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله تعالى الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله 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 رحمه الله تعالى في السير اذا وقف 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 رحمه الله تعالى عليه ولو قال ارضى هذه موقوفة ان شئت او اهببت كل الوقف باطلا في قولهم لان هذا تعليق وتعليق الوقف بالشرط باطل في قولهم * ولو قال ارضى هذه صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت كل الوقف باطلا فلما قلنا انه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء وقف والله تعالى

فصل

اعلم بالصواب

قوله فلانه لا يخلص لله تعالى الا به ولا بدان يكون خالصا لله تعالى لتوليه تعالى وان المساجد لله اى مخلصه لله ولا يخلص لله تعالى الا به قوله ويشترط تسليم نوعه اى تسليم يليق بنوع هذه القرية ويشترط في كل نوع تسليم ما يليق به وهو في المسجد بالصلوة فيشترط ادناؤه 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 كامان الكل * وعن محمد رحمه الله يشترط الصلوة بالجماعة وكذا عن ابي حنيفة رحمه الله ويشترط مع ذلك ان تكون الصلوة باذان واقامة جهرا لاسرا حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لاجهر لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان جعل للمسجد مؤذنا واما ما وهو رجل واحد فاذن * * * * * واقام

(قال ومن جعل مسجد اتخته سرداب او فوقه 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 رحمه الله عنه انه قال اذا جعل السفلى مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو * وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه * وعن ابي يوسف رحمه الله انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة * وعن محمد رحمه الله انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا (قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه) يعنى له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محببا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصير مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد رحمه الله انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله انه يصير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر (قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه يحرز عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى * وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق * ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه * وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربته وقد انقطعت فصار كحصير المسجد او حشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر * * * * * ه * * * * * قال

واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان اداء صلواته على هذا الوصف كالجماعة الا ترى ان اصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا مؤذن مسجد اذا اذن واقام وصلى وحده ليس لمن يجي بعد ذلك ان يصلى بالجماعة في ذلك المسجد * وبقبض المتولى هل يصير مسجدا من غير ان يصلى فيه فقد اختلف فيه **قوله** وروى الحسن رحمه الله تعالى عنه اى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه **قوله** وعلى ظهره اى على سطحه **قوله** اجاز ذلك كله لما قلنا اى لضيق المنازل **قوله** ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف رحمه الله * هذه المسئلة مبنية على ان ابا يوسف رحمه الله 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 رحمه الله 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 محمد رحمه الله مر به ببلدة فقال هذا مسجد ابي يوسف رحمه الله يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تناول المدة * ومر ابو يوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجد محمد رحمه الله يعنى لما قال يعود ملكا قربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه * وقيل هى من وضع الفرقة الجهلة الموقوتة عند الله تعالى استخرجوا من اختلافهم الناشء عن الاجتهاد الصحيح اباطيل مختلفة عليهم ليضعوا عن شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم في بعض ويأبى الله الا ان يتم نوره * فمحمد رحمه الله يقول انه جعل هذا الجزء مصروفا الى قرية بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك * * * * * الحج

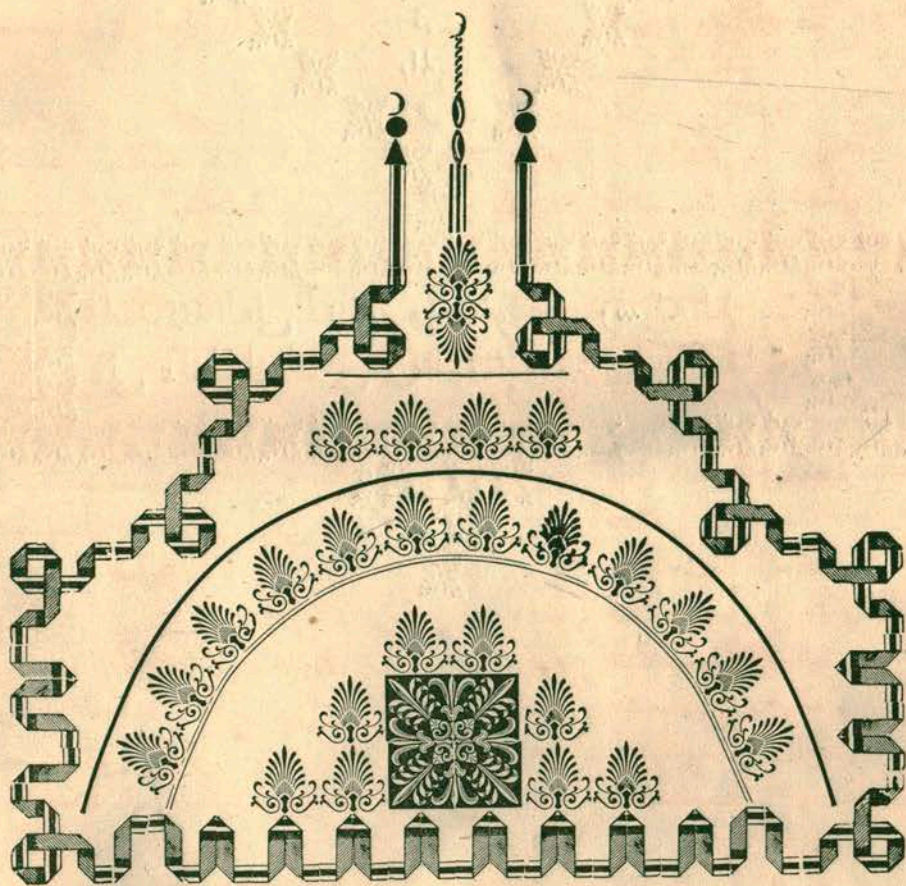
(قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خاناً يسكنه بنوا السبيل او رباطاً او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابيحنيفة رحمه الله) لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد الموت 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 رحمه الله 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 الخلاف البئر الموقوفة والحوض * ولو سلم الى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه * واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمها لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليمها لانه يحتاج الى من يكتسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم * والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفاً وقد قيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة * ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جافز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة يحمل 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 للفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء * ولان

الحج كان له ان يصنع بهديه ماشاء وكذلك لو كفن ميتاً ثم افترسه السبع عاد الكفن الى ملك صاحبه وكذا اذا علق قنديلاً وبسط حصيراً في المسجد ثم خرب المسجد وابو يوسف رحمه الله يقول بلى زال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة لانه ما جعله مسجداً ليصلى فيه اهل الرحلة لا غير وانما جعل مسجداً ليصلى فيه العامة لان للعامة حق اقامة الصلوة في المسجد * واستدل ابو يوسف رحمه الله بالكعبة فان زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة والقربة خالصاً لله تعالى فكذلك سافر المساجد * واما هدى الاحصار فهو لم يزل عن ملكه قبل الذبح 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 الحصر فالصحيح من مذهب ابي يوسف رحمه الله 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 لعباله كان احب اليه فلذلك اتخذت السقايات قربة والقربة ما يتقرب به الى الله تعالى * والخان الموضع الذي يكون في المفاوز في طريق البلاد لينزل فيه ابناء السبيل * وقوله يسكنه بنوا السبيل تفسير له كقوله تعالى شردمة قليلون * ويقال رباط الجيش اى اقام في الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطاً * ومنه اصبروا وصابروا وربطوا اى اقيموا على جهاده بالحرب * وقوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون جمع ربيط بمعنى مربوط * والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار * والثغر موضع الخفاة من فروج البلدان قوله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جافز ولا رجوع فيها لما بينا * هذا قولها * * * * * قال

ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه
والله تعالى اعلم بالصواب * * * *

* وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا كله لصاحبه ان يرجع ويبطل ما صنع من
الصدقة والمقبرة والنخان والسقاية وغيرها ويبيعها وان مات كان ميراثا عنه
الا ان يحكم بها حاكم والفتوى في ذلك كله على قولهما للبلوى
والتعارف وعليه اجماع الامة الا ترى انه بقى آثار
الماضين في هذه الوجوه وكفى بالاجماع
حجة والله تعالى اعلم بالصواب
واليه المرجع
والمآب
نمت
بالخير
* *

الحمد لله العلي العظيم والصلوة على رسوله الكريم
على اتمام المجلد الثاني من الهداية مع شرحها الكفاية



فهرست الهداية والكفاية المجلد الأول

صفحة	صفحة		
باب سجود التلاوة	١٨٧	كتاب الطهارات	٩
باب صلوة المسافر	١٩٣	فصل في نواقض الوضوء	١٧
باب صلوة الجمعة	٢٥٥	فصل في الغسل	٢٥
باب صلوة العيدين	٢٥٦	باب الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز به	٢٩
فصل في تكبير التشرية	٢١٥	فصل في البئر	٣٩
باب صلوة الكسوف	٢١٢	فصل في الاسار وغيرها	٤٢
باب الاستسقاء	٢١٤	باب التيمم	٤٩
باب صلوة الخوف	٢١٦	باب المسح على الخفين	٥٨
باب الجنائز	٢١٨	باب الحيض والاستحاضة	٦٥
فصل في الغسل	٢١٨	فصل في الاستحاضة	٧٢
فصل في تكفينه	٢٢٢	فصل في النفاس	٧٤
فصل الصلوة على الميت	٢٢٣	باب الانجاس وتطهيرها	٧٦
فصل في حمل الجنابة	٢٢٩	فصل في الاستنجاء	٨٣
فصل في الدفن	٢٣٥	كتاب الصلوة	٨٥
باب الشهيد	٢٣٢	باب المواقيت	٨٥
باب الصلوة في الكعبة	٢٣٦	فصل	٨٨
كتاب الزكوة	٢٣٧	فصل في الاوقات التي تكره	٨٩
باب صدقة السوائم	٢٤٢	فيها الصلوة	
فصل في الابل	٢٤٢	باب الاذان	٩٢
فصل في البقر	٢٤٤	باب شروط الصلوة التي تتقدمها	٩٧
فصل في الغنم	٢٤٥	باب صفة الصلوة	١٥٣
فصل في الخيل	٢٤٦	فصل في القراءة	١٢٥
فصل	٢٤٧	باب الامامة	١٢٦
باب زكوة المال	٢٥٤	باب الحدث في الصلوة	١٣٦
فصل في الفضة	٢٥٤	باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها	١٤١
فصل في الذهب	٢٥٥	فصل فيما يكره	١٤٨
فصل في العروض	٢٥٦	فصل ويكره استقبال القبلة بالفرج	١٥٢
باب في من يمر على العاشر	٢٥٨	باب صلوة الوتر	١٥٤
باب المعادن والركز	٢٦٢	باب النوافل	١٥٨
باب زكوة الزروع والثمار	٢٦٦	فصل في القراءة	١٥٩
باب من يجوز دفع الصدقات اليه ومن لا يجوز	٢٧٥	فصل في قيام شهر رمضان	١٦٥
باب صدقة الفطر	٢٧٦	باب ادراك الفريضة	١٦٧
فصل في مقدار الواجب ووقته	٢٧٨	باب قضاء الفوائت	١٧١
كتاب الصوم	٢٨٥	باب سجود السهو	١٧٦
		باب صلوة المريض	١٨٤

فهرست الهداية والكفاية المجلد الاول

	صفحه
فصل في رؤيئة الهلال	٢٨٢
باب ما يوجب القضاء والكفارة	٢٨٦
فصل	٢٩٢
فصل فيما يوجب على نفسه	٣٥١
باب الاعتكاف	٣٥٤
كتاب الحج	٣٥٨
فصل في المواقيت	٣١٢
باب الاحرام	٣١٣
فصل في الوقوف	٣٣٣
باب القران	٣٣٦
باب التمتع	٣٤٥
باب الجنائيات	٣٤٧
فصل	٣٥٢
فصل	٣٥٤
فصل	٣٦٥
باب مجاوزة الوقت بغير احرام	٣٧٥
باب اضافة الاحرام الى الاحرام	٣٧٧
باب الاحصار	٣٨٥
باب الفوات	٣٨٤
باب الحج عن الغير	٣٣٥
باب الهدى	٣٨٨
مسائل مشوره	٣٩١
تم فهرس المجلد الاول	

فهرست الهداية مع شرحها الكفاية الجلد الثاني

صفحة		صفحة
٥٧٩	فصل	٣٩٦ كتاب النكاح
٥٨٥	باب النفقات	٤٥٥ فصل في بيان المحرمات
٥٨٤	فصل	٤١٢ باب الاولياء
٥٨٧	فصل	٤٢٥ فصل في الكفاة
٥٨٨	فصل	٤٢٢ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها
٥٩٥	فصل	٤٢٤ باب المهر
٥٩٤	فصل	٤٤١ فصل
٥٩٤	كتاب العتاق	٤٤٣ باب نكاح الرقيق
٦٥١	فصل	٤٥٥ باب نكاح اهل الشرك
٦٥٤	باب العبد يعتق بعضه	٤٥٦ باب القسم
٦١٣	باب عتق احد العبدین	٤٥٨ كتاب الرضاع
٦١٨	باب الحلف بالعتق	٤٦٥ كتاب الطلاق باب طلاق السنة
٦٢٥	باب العتق على جعل	٤٦٩ فصل
٦٢٤	باب التدبير	٤٧٢ باب ايقاع الطلاق
٦٢٥	باب الاستبلاذ	٤٧٨ فصل في اضافة الطلاق الى الزمان
٦٣٢	كتاب الايمان	٤٨١ فصل
٦٣٥	باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا	٤٨٤ فصل في تشبيه الطلاق ووصفه
٦٣٨	فصل في الكفارة	٤٨٦ فصل في الطلاق قبل الدخول
٦٤٢	باب اليمين في الدخول والسكنى	٤٩٣ باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار
٦٤٦	باب اليمين في الخروج والاتيان	٤٩٦ فصل في الامر باليد
	والركوب وغير ذلك	٤٩٩ فصل في المشية
٦٤٩	باب اليمين في الاكل والشرب	٥٥٥ باب الايمان في الطلاق
٦٥٧	باب اليمين في الكلام	٥١٢ فصل في الاستثناء
٦٦١	فصل	٥١٤ باب طلاق المريض
٦٦٤	باب اليمين في العتق والطلاق	٥١٩ باب الرجعة
٦٦٨	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج	٥٢٦ فصل فيما تحل به المطلقة
	وغير ذلك	٥٣٥ باب الايلاء
٦٧٢	باب اليمين في الحج والصلوة والصوم	٥٣٤ باب الخلع
٦٧٣	باب اليمين في لبس الثياب والحلى	٥٤٢ باب الظهار
	وغير ذلك	٥٤٥ فصل في الكفارة
٦٧٥	باب اليمين في الضرب والقتل وغيره	٥٥٣ باب اللعان
٦٧٦	باب اليمين في تقاضى الدراهم	٥٥٨ باب العنين
٦٧٨	مسائل متفرقة	٥٦١ باب العدة
٦٨٥	كتاب الحدود	٥٦٩ فصل
٦٨٣	فصل في كيفية الحد واقامته	٥٧٢ باب ثبوت النسب
		٥٧٧ باب الولد من احف به

فهرست الهداية مع شرحها الكفاية الجلد الثاني

صفحة		صفحة	
٧٨٢	باب العشر والخراج	٦٨٨	باب الوطى الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه
٧٨٦	باب الجزية	٦٩٧	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها
٧٩٥	فصل	٧٥٦	باب حد الشرب
٧٩٢	فصل	٧١٥	باب حد القذف
٧٩٣	باب احكام المرتدين	٧١٧	فصل فى التعزير
٨٥٣	باب البغاة	٧١٩	كتاب السرقة
٨٥٦	كتاب اللقيط	٧٢٣	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع
٨٥٩	كتاب اللقطة	٧٢٧	فصل فى الحرز والاخذ منه
٨١٣	كتاب الاباق	٧٣٢	فصل فى كيفية القطع واثباته
٨١٧	كتاب المفقود	٧٤١	باب ما يحدث السارق فى السرقة
٨٢١	كتاب الشركة	٧٤٢	باب قطع الطريق
٨٢٦	فصل	٧٤٧	كتاب السير
٨٥٣	فصل فى الشركة الفاسدة	٧٤٩	باب كيفية القتال
٨٣٧	فصل	٧٥٢	باب الموادعة ومن يجوز امانه
٨٣٩	كتاب الوقف	٧٥٤	فصل
٨٤٨	فصل	٧٥٦	باب الغنائم وقسمتها
	تم	٧٦٤	فصل فى كيفية القسمة
		٧٦٩	فصل فى التنفيل
		٧٧٥	باب استيلاء الكفار
		٧٧٦	باب المستأمن
		٧٧٨	فصل

فهرس الجلد الثاني
من الهداية